Aloys Kopel

DIE UNTERLASSUNG IM RECHT DER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN

1975

DIE UNTERLASSUNG IM RECHT DER ORDNUNGSWIDRIGKEITEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des

akademischen Grades

eines

Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms - Universität

zu Münster

vorgelegt von
Aloys Kopel
aus Salzbergen/Ems
Jahr 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Lenckner
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Stree
Dekan:	Prof. Dr. Kupisch
Tag der mündlichen Prüfung:	6. Februar 1975

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit

zugeeignet

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

§ 1 Einleitung und Problemstellung 8

1. Abschnitt

Allgemeine Vorbemerkungen zum Gegenstand der Untersuchung

§ 2 Die Unterlassung als Verhaltensform (Zum Begriff der Unterlassung) 11

A Zur Seinsweise der Unterlassung 11

B Die Wesensmerkmale der Unterlassung 12

§ 3 Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen 14

A Zur Notwendigkeit einer Abgrenzung 14

B Die Lösungsmöglichkeiten des Abgrenzungsproblems 15

I. Die naturalistische Richtung 18

II. Die "physikalische" Richtung 18

III. Die wertende Richtung 19

IV. Der eigene Standpunkt 20

2. Abschnitt

Die "Unterlassungstat" als Typus der Zuwiderhandlung

I.Kapitel Die Unterscheidung von echten und unechten Unterlassungsverstößen im Ordnungsrecht 31

A Bedeutung und Konsequenzen der Unterscheidung 31

B Die Abgrenzungstheorien des Strafrechts und ihre Tauglichkeit für das Ordnungsrecht 33

I. Gebots - Verbotstheorie 33

II. Normativistische Theorie 34

III. Erfolgsabwendung und schlichte Tätigkeit 34

IV. Mischtheorien und neuere Meinungen 35

V. Stellungnahme und eigener Standpunkt 36

II.Kapitel Die Gleichstellungsproblematik bei den unechten Unterlassungsverstößen 43

§ 4 Das Garantenprinzip als Gleichstellungsgrundlage 44

A Überblick über die einzelnen Garantieverhältnisse 44

I. Die klassische Lehre: Einteilung nach Rechtsquellen 45

II. Die moderne Lehre: Einteilung in Überwachungs- und Schutzpositionen 46

§ 5 Zum Erfordernis einer psychologischen und sozialethischen Gleichwertigkeit bei den unechten Unterlassungsverstößen 53

§ 6 Der Inhalt der Garantenpflicht 56

I. Die Garantenpflicht als Erfolgsabwendungspflicht 56

(Zum Problem der Begriffsbestimmung des tatbestandsmäßigen Erfolgs im Sinne eines unechten Unterlassungsverstoßes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des § 8 E 72)

II. Der Erfolg als ein tatbestandsmäßig mißbilligtes, abzuwehrendes Ereignis 61

III. Der Erfolg als äußere Erscheinung in der Seinswelt im Gegensatz zum Erfolg als Rechtsgutsverletzung 63

1. Die möglichen Äquivokationen des Erfolgsbegriffs 63

a) Erfolg im engeren Sinn 64

b) Erfolg im weiteren Sinn 64

c) Erfolg als Rechtsgutsverletzung 65

2. Stellungnahme und eigener Standpunkt im Hinblick auf § 8 E 72 66

3. Beziehung zwischen dem Erfolg als Außenwelterscheinung und Rechtsgutsbeeinträchtigung
(Wann "gehört ein Erfolg zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift"?) 69

a) Verletzungstatbestände 72

b) Konkrete Gefährdungstatbestände 74

c) Abstrakte Gefährdungstatbestände 75

d) Verwaltungswidrigkeiten und Formalverstöße 85

aa) Unselbständige Unterlassungstäterschaft 85

bb) Selbständige Unterlassungstäterschaft bei Verwaltungswidrigkeiten und Formalverstößen? 93

cc) Der abzuwehrende Erfolg bei Verwaltungswidrigkeiten und Formalverstößen und das Prinzip der Zumutbarkeit 98

IV. Zusammenfassung zu § 6 99

§ 7 Die Garantieverhältnisse im Ordnungsrecht 102

A Die Bedeutung der beiden grundlegenden Sammelgruppen im Hinblick auf die spezielle Regelungsmaterie des Ordnungsrechts 102

B Die pflichtwidrige Garantenunterlassung als Beteiligung i.S.d. § 9 OwiG 113

I. Der Beschützergarant als Beteiligter

II. Der Überwachungsgarant als Beteiligter 115

C Zusammenfassung zu § 7 117

III. Kapitel Probleme der echten Unterlassungsverstöße 119

§ 8 Echte Unterlassungstatbestände und Garantenprinzip 119

A Strukturanalysen

I. Überwachungsgarantien 125

II. Beschützergarantien 127

B Auswertung 128

I. Tatbestandsrestriktionen 128

II. Konsequenzen für die Beteiligung an echten Unterlassungsverstößen 133

§ 9 Garantenprinzip und gemischte Tatbestände 134

§ 10 Unterlassungsverstöße durch Begehung? 140

3. Abschnitt

Gemeinsame Probleme der echten und unechten Unterlassungsverstöße

§ 11 Unterlassung und Handlungsunwert (Problemstellung und Übersicht über den Stand der Meinungen) 145

§ 12 Einzeluntersuchungen 152

A Uneingeschränkt unterlassungstaugliche Tatbestände (Reine Verursachungstatbestände) 152

B Beschränkt unterlassungstaugliche Tatbestände (Tatbestände mit objektiv modifizierten Handlungsvollzügen) 156

C Unterlassungsfeindliche Tatbestände 164

I. Vorbemerkung: Unterlassungsfeindliche Tatbestände und Einheitstäterprinzip 164

II. Tatbestände mit subjektiv modifizierten Handlungsvollzügen 168

1. Begrifflich an Aktivität gebundene Zuwiderhandlungen 169

2. Verhaltensgebundene Zuwiderhandlungen 172

a) Erläuterung der Problematik 172

b) Entwurf einer Lösungsmethode zur Bestimmung verhaltensgebundener Tatbestände 180

3. Einzeluntersuchungen zwecks Bildung von Fallgruppen 185

a) Falscherklärungstatbestände 185

b) Sonstige Erklärungstatbestände (Tatbestände mit verstecktem Erklärungsgehalt) 196

aa) Auffordern 196

bb) Gestatten 198

cc) Gewähren 200

dd) Tatbestände mit negativem Erklärungsgehalt 201

c) Grenzfälle 206

d) Final gefaßte Tatbestände und Tendenztatbestände 210

aa) Begriffserläuterung und Abgrenzung zu verwandten Tatbeständen 210

bb) Einzeltatbestände 215

§ 13 Ergebnisse des 3. Abschnitts 217

Literaturverzeichnis 220

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS UND GESETZESREGISTER

ApothekenG	Gesetz über das Apothekenwesen v. 20.8. 1960 (BGBl. I S. 697 i.d.F. der Änderung durch Art. 10 EOWiG v. 24. 5. 1968, BGBl.I S. 503)
Arbeitssicherstellungs G	Gesetz zur Sicherstellung von Arbeitsleistungen für Zwecke der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung v. 9.7. 1968 (BGBl. I S.787 i.d.F. des 1. StrafrechtsreformG)
A.T.	Allgemeiner Teil
AWG	Außenwirtschaftsgesetz v. 28.4. 1961 (BGBl I S.481 i.d.F. der Änderung durch das Gesetz v. 24. 5. 1968, BGBl I S. 503)
BBauG	Bundesbaugesetz v. 23. 6. 1960 (BGBl I S. 341 i.d.F. der Änderung durch Art. 150 Abs. 2 Nr. 3 EOWiG)
BFernstrG	Bundesfernstraßengesetz i.d.F. v. 6.8.1961 (BGBl I S. 1742, geändert durch Art.136 EOWiG)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BJagdG	Bundesjagdgesetz i.d.F. v. 30.3. 1961 (BGBl I S. 304)
BLG	Bundesleistungsgesetz i.d.F. v. 27.9.1961 (BGBl I S. 1769, geändert durch Art. 55 EOWiG)
B.R.-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
B.T.-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BSeuchenG	Bundesseuchengesetz v. 18.7. 1961 (BGBl. I S. 1012. 1300)
B.T.	Besonderer Teil
BWasserstrG	Bundeswasserstraßengesetz v. 2. 4. 1968 (BGBl. II S. 173)
DAR	Deutsches Autorecht
Diss.	Dissertation
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962
EichG	Gesetz über das Meß -und Eichwesen (Eichgesetz) v. 11.7. 1969 (BGBl I S. 759)
EOWiG	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24. 5. 1968 (BGBl I S.503)

EinzelhandelsG	Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel v. 5. 8. 1957 (BGBl. I S. 1121 i.d.F. der Änderung durch Art. 150 Abs.2 Nr. 15 E OWiG)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GaststättenG	Gaststättengesetz v. 5. 5. 1970 (BGBl. I 1970 S. 465, 1970)
Geschlechtskrankh G	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 23. 7. 1953 (BGBl I S. 700 i.d.F. der Änderung durch Art. 25 EOWiG)
Sonn -und FeiertagsG NW	Gesetz über Sonn -und Feiertage Nordrhein-Westfalen v. 16. 10. 1951 i.d.F. v.9.5. 1961 (GV NW S. 209/SGV NW 113) und vom 16. 12. 1969 (GV NW 1970 S. 22)
GewerbeO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich i.d.F. v. 26.7. 1900 (RGBl 871, geändert durch Art. 150 Abs.2 EOWiG)
GiftVO NW	Verordnung über den Handel mit Giften (GiftVO Nordrhein-Westfalen) v. 4.3. 1963 GV NW S. 125/ SGV NW 2121
GS	Der Gerichtssaal
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz i.d.F. v. 22.12. 1969 (BGBl I 1970 S.2, geändert durch Ges. v. 4. 12. 1970 BGBl. I S. 1613)
HandelsklG	Handelsklassengesetz v. 23. 11. 1972 (BGBl I S. 2201)
HandwerksO	Handwerksordnung i.d.F. v. 28. 12. 1965 (BGBl. I 1966 S.1)
JugendschutzG	Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit i.d.F. v. 27. 7. 1957 (BGBl. I S. 1058, geändert durch Art. 29 EOWiG)
JuS	Juristische Schulung
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz v. 11.8. 1961 (BGBl I 1206)
JZ	Juristenzeitung
KAG NW	Kommunalabgabengesetz Nordrhein-Westfalen v. 21.10.1969 (GV NW S. 712/SGV NW 610)
KG	Kammergericht
KriegswaffenG	Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen v. 20. 4. 1961 (BGBl I S.444 i.d.F. der Änderung durch Art. 7 EOWiG)
Lärmbekämpfungs-VO NW	Lärmbekämpfungsverordnung Nordrhein-Westfalen v. 30.11. 1964 (GV NW S.348/SGV NW i.d.F. der VO v. 28.4. 1971 GV NW S.142)
Lb.	Lehrbuch

LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier/Möhring. Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LuftreinhaltungsG	Gesetz über Vorsorgemaßnahmen zur Luftreinhaltung v. 17.5. 1965 (BGBl I S. 423) i.d.F. der Änderung durch Art. 26 EOWiG
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MeldeG NW	Meldegesetz Nordrhein-Westfalen v. 25.5. 1960 (GV NW S.81/SGV NW S. 210)
MschrKrimBiol	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
Niederschr.	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtsreformkommission, 2. und 12. Band (1958)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OrdensG	Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen v. 26. 7. 1957 (BGBl I S. 844 i.d.F. der Änderung durch Art. 5 EOWiG)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) v. 24.5. 1968 (BGBl I S.481 i.d.F. der Änderung durch Art. 29 EGStGB, BGBl I 1974 S. 535 ff.)
OWiR	Recht der Ordnungswidrigkeiten
PflanzenschutzG	Pflanzenschutzgesetz v. 10.5. 1968 (BGBl.I S. 352 i.d.F. der Änderung durch Art.89 EOWiG)
Preuß. PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PStG	Personenstandsgesetz i.d.F. v. 8.8. 1957 (BGBl I S. 1126)
RGSt	Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen
SammlungsG NW	Sammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen v. 22. 5. 1962 (GV NW S. 265/SGV 2148)
SchutzbereichsG	Schutzbereichsgesetz v. 7.12. 1956 (BGBl.I S. 899 i.d.F. der Änderung durch Art.56 EOWiG)
StatistikG	Statistikgesetz v. 3.9.1953 (BGBl.I S.1314 i.d.F. der Änderung durch Art. 35 EOWig)
1. StrafrRG	Erstes Gesetz zur Strafrechtsreform v. 25. 6. 1969 (BGBl I S. 645)
2. StrafrRG	Zweites Strafrechtsreformgesetz v. 4.7. 1969 (BGBl I S. 717)

StudB	Studienbuch
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung v. 16.11. 1970 (BGBl. I S. 1565)
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung i.d.F. v. 6. 12. 1960 (BGBl I S. 897) zuletzt geändert durch die Verordnung v. 16. 11. 1970 (BGBl. I S. 1615)
TierschutzG	Tierschutzgesetz v. 24.7.1972 (BGBl I S. 1277)
USG	Unterhaltssicherungsgesetz v.31.5. 1961 (BGBl I S.661 i.d.F. der Änderungdurch Art. 54 EOWiG)
Verkehrsicherstellungs G	Verkehrssicherstellungsgesetz v. 8.10. 1968 (BGBl I S.1082)
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WaffenG	Waffengesetz v. 19.9. 1972 (BGBl I S.1797)
WasserhaushG	Wasserhaushaltsgesetz v. 27. 7. 1957 (BGBl I S. 1110 i.d.F. der Änderung durch Art. 79 EOWiG)
WassersicherstellG	Wassersicherstellungsgesetz v. 24.8. 1965 (BGBl. I S.1225 i.d.F. der Änderung durch Art. 80 EOWiG)
WasserstraßenG	Bundeswasserstraßengesetz v. 2.4. 1968 (BGBL II S. 173), geändert durch Art. 142 EOWiG
WirtschaftssicherstellG	Wirtschaftssicherstellungsgesetz i.d.F. v. 3. 10. 1968 (BGBl I S. 1069)
WohnungsbindungsG	Wohnungsbindungsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung v. 28. 1. 1972 (BGBl I S.93)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1 Einleitung und Problemstellung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, Probleme der Unterlassung auf dem speziellen Rechtsgebiet der Ordnungswidrigkeiten systematisch zu erfassen und Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Eine lückenlose Darstellung der Unterlassungsverstöße kann und soll die Arbeit nicht bieten, denn in den grundlegenden allgemeinen Fragen können die bisher gewonnenen Erkenntnisse der strafrechtlichen Unterlassungsdogmatik auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht ohne weiteres Geltung beanspruchen. Es ist selbstverständlich, daß die Darstellung auf diesen Erkenntnissen aufbauen und auf sie vielfach wird zurückgreifen müssen. So wird etwa das Kernproblem der unechten Unterlassungsdelikte -die Frage nach Grund und Inhalt der einzelnen Garantenpositionen- nur in seinen Umrissen skizziert, weil insoweit die Problematik des Ordnungsrechts derjenigen des Strafrechts weitgehend entspricht.
Die Erörterung wird sich also in der Hauptsache auf jene Fragen konzentrieren, die durch die besondere Art der Regelungsmaterie, insbesondere durch strukturelle Eigenarten der ordnungsrechtlichen Tatbestände und das dort geltende Einheitstäterprinzip bedingt sind. Dogmengeschichtliche Fragen konnten daher fast vollständig ausgeklammert werden. Ebenso konnten Probleme der allgemeinen Deliktsvoraussetzungen bei Unterlassungen wie Vorsatz -und Rechtswidrigkeitsprobleme, aber auch Irrtumsfragen, unberücksichtigt bleiben, da insoweit auf die Regeln des Strafrechts verwiesen werden kann. Allgemeine Grundfragen der Unterlassungsdogmatik waren hingegen in die Darstellung einzubeziehen, soweit dies zum Verständnis der Detailprobleme erforderlich erschien, so insbesondere die fundamentale Unterscheidung von Tun und Unterlassen und die prinzipielle Einteilung in echte und unechte Unterlassungsverstöße. Was die echten Unterlassungsverstöße im Besonderen angeht, so ist entscheidendes Gewicht darauf gelegt worden, die überragende Bedeutung dieser Art von Zuwiderhandlungen im Ordnungsrecht, die dominierende Rolle des Pflichtgedankens bei diesen Verstößen und ihre daraus resultierende Andersartigkeit im Vergleich zu den echten Unterlassungsdelikten des Strafrechts klarzustellen.

Bei den unechten Unterlassungsverstößen steht dagegen im Vordergrund die Frage, welche Tatbestände des Ordnungsrechts für eine Begehung durch Unterlassen überhaupt in Frage kommen - ein Problem, das in der Literatur bisher kaum behandelt worden ist, nunmehr aber durch die Einführung des neuen § 8 OwiG höchst aktuelle Bedeutung erlangt hat.
Die Erörterung der hiermit verbundenen zweifachen Problematik beanspruchte den weitaus größten Teil dieser Arbeit. Es ging zum einen darum, festzustellen, was man unter einem "zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift gehörenden Erfolg" im Sinne der neuen Vorschrift zu verstehen hat. Hierzu schien mir eine eingehende Untersuchung auch deshalb geboten, weil ein gleiches Problem für das Strafrecht nunmehr auch durch den neuen § 13 StGB aufgeworfen ist und dazu bisher kaum detaillierte Erkenntnisse vorliegen.
Zum andern ging es darum, inhaltliche Kriterien für die "Entsprechensklausel" der beiden vorgenannten Vorschriften herauszuarbeiten. Es handelt sich dabei freilich um eine schon seit langem bekannte, durch die gesetzliche Fixierung nunmehr aber ins allgemeine aktuelle Bewußtsein gehobene Gleichstellungsproblematik, für die auch in der Strafrechtswissenschaft eine allseits anerkannte Lösung noch lange nicht gefunden ist.
Die Darstellung versucht, durch Bildung gleichgearteter Fallgruppen und Tatbestandskategorien im Rahmen der speziellen Regelungsmaterie des Ordnungsrechts einigermaßen verläßliche Maßstäbe dafür zu erarbeiten, welche Tatbestände eine Begehung durch Unterlassen gestatten und welche Einschränkungen ggf. bestehen. Ob das gelungen ist und ob es überhaupt jemals gelingen wird, diese Problematik sicher in den Griff zu bekommen, wird erst die zukünftige Erfahrung bei der praktischen Rechtsanwendung zeigen müssen.

1. Abschnitt Allgemeine Vorbemerkungen zum Gegenstand der Untersuchung

§ 2 Die Unterlassung als Verhaltensform (Zum Begriff der Unterlassung)

A) Zur Seinsweise der Unterlassung

Eine Untersuchung wie diese, welche die Verhaltensform der Unterlassung unter dem Aspekt einer speziellen Rechtsmaterie zum Gegenstand hat, kann nicht darauf verzichten, den vielfach diskutierten schillernden Begriff der Unterlassung wenigstens in seinen Umrissen kurz zu skizzieren. Hierbei kann es nicht darum gehen, die zahreichen unterschiedlichen Theorien zu Wesen und Begriff der Unterlassung um eine eigene zu erweitern, sondern lediglich darum, das begriffliche Rüstzeug für die weiteren Untersuchungen zu vermitteln.
Ein erster Streitpunkt in der wissenschaftlichen Literatur ist schon die Frage, ob die Unterlassung überhaupt ontologische Realität besitze, oder ob sie sich lediglich als ein "Nichts" darbiete, über das ein Urteil abgegeben werde.[1]

Im praktischen Ergebnis hängt indessen von dieser Streitfrage nichts ab. Selbst wenn man den Realcharakter der Unterlassung verneint, so hat dies für die rechtliche Beurteilung keinerlei Konsequenzen. Weder für die Zulässigkeit staatlicher Sanktionen noch für deren rechtliche Begründung vermag die philosophische Eingruppierung der Unterlassung etwas zu präjudizieren. Der gesamte Streit ist deshalb, wie Schünemann[2] treffend bemerkt, nicht mehr als eine Auseinandersetzung um "die facon de parler". Er ist daher hier nicht weiter zu erörtern.

---

1) so Gallas ZStW 67,8; Schönke-Schröder vor § 1, Rdn. 81; den Realcharakter der Unterlassung bejahen u. a. Schünemann S. 13; Androulakis S. 68; Engisch in: Logische Studien S. 39

2) S. 11

B) Die Wesensmerkmale der Unterlassung

Nicht ohne praktische Bedeutung ist die Frage, in welcher begrifflichen Gestalt sich "die Unterlassung" präsentieren muß, um Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Beurteilung sein zu können.

Es findet sich zuweilen der Satz, die Unterlassung sei nichts anderes als "willkürliche Körperruhe"[1]. Indessen lehrt schon eine flüchtige Anschauung konkreter Beispiele, daß diese Definition nicht das ganze Wesen der Unterlassung erfaßt. Wenn etwa jemand auf schattiger Wiese ruhend den heißen Sommertag genießt, dann läßt sich dieses regungslose Ruhen nicht sinnvoll als eine Unterlassung bezeichnen. Denn in dem Wort "unterlassen" steckt eine Negation, die sich auf ein Handeln bezieht. Das Wort "unterlassen" verneint nicht das Handeln als solches, sondern ein ganz bestimmtes, konkretes Handeln.[2] Es ist notwendig auf eine gedachte Handlung bezogen, bedeutet, wie schon von Liszt[3] lehrte, "ETWAS nicht thun".

Aber auch diese klassische Definition ist noch nicht präzise genug. So läßt sich, um ein Beispiel Welzels zu gebrauchen, von den Einwohnern Berlins nicht behaupten, sie hätten etwa die Rettung eines im Rhein Ertrinkenden unterlassen.[4] Als weitere Einschränkung muß daher hinzukommen, daß dem "Unterlasser" die Vornahme der Bezugshandlung m ö g l i c h war.[5] Praktische Bedeutung erlangt dieses Begriffsmerkmal etwa dann, wenn ein Kraftfahrer nach einem Unfall verletzt am Straßenrand liegen bleibt, während sein Wagen die Straße blockiert. Wenn seine Verletzung ihn daran hindert, den Wagen dort wegzuschaffen, so hat er diese Handlung schon nicht "unterlassen". Die Frage, ob er gegen die Vorschriften der §§ 23 II, 32, 34 StVO verstoßen hat, kann sich dann gar nicht erst stellen.[6]

---

1) Böhm Diss. S. 24
2) Armin Kaufmann Dogmatik S. 25
3) von Liszt Lehrbuch, 2. Aufl. S. 116
4) Lehrbuch S. 201
5) vgl. Engisch Kausalität S. 31; Armin Kaufmann Dogmatik S. 28; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 82; a.M. Baumann Lehrbuch S. 186; v. Weber Grundriß S. 122; aus der Literatur zum OwiR vgl. Göhler Kommentar, vor § 1 Anm. 4A; Cramer Grundbegriffe 3/15;
6) vgl. Cramer a.a.O.

Die weiteren Streitfragen, ob es auf die objektive oder subjektive Möglichkeit der Handlungsvornahme ankommt[1], oder ob als weiteres einschränkendes Merkmal für den Unterlassungsbegriff zu fordern ist, daß die Bezugshandlung nicht nur möglich war, sondern auch e r w a r t e t wurde[2], mag hier dahinstehen. Unverzichtbares Wesenselement ist jedenfalls -ebenso wie beim Tun- das Element der Willentlichkeit[3], wobei freilich kein aktueller, sondern lediglich ein möglicher Willensakt im Hinblick auf die Bezugshandlung erforderlich ist.[4] Eine durch vis absoluta erzwungene oder im Zustand der Bewußtlosigkeit sich vollziehende Unterlassung ist keine solche im Rechtssinne; wohl wird dagegen das sog. unbewußt fahrlässige Unterlassen vom Unterlassungsbegriff umfaßt.[5]

Diese, ein willensgetragenes Verhalten erfordernde Anschauung ist nun allerdings in jüngster Zeit durch die revolutionäre Lehre von Herzberg erschüttert worden, der in der Unterlassensdogmatik des Strafrechts völlig neue Wege beschritten hat.[6] Herzberg vereint die beiden Grundformen menschlichen Verhaltens in seinem sog. "negativen Handlungsbegriff". Tun und Unterlassen sind für ihn nichts anderes als "vermeidbares Nichtvermeiden in Garantenstellung"[7]. Ob dieser negative Handlungsbegriff sich durchzusetzen vermag, bleibt abzuwarten. Da er fundamentale Fragen der Rechtswissenschaft aufwirft, kann eine Auseinandersetzung mit ihm im Rahmen dieses Spezialthemas nicht erfolgen. Wir folgen im Verlauf der weiteren Erörterungen dem herrschenden, zuvor dargelegten, Unterlassungsbegriff.

---

1) vgl. dazu die Darstellung bei Armin Kaufmann Dogmatik S.28f.
2) so u.a. die Auffassung von Gallas ZStW 67, 10; Mezger Lb. I S. 132; Maurach A.T. S. 162,175; mit Abwandlungen auch Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 81; Göhler Kommentar vor § 1 Anm. 4 A; dagegen z.B.: Welzel Lb. S. 178;Vogt ZStW 63,383; Armin Kaufmann Dogmatik S. 50 ff.
3) vgl. von Liszt-Schmidt 1.Band S. 169 f.(26.Aufl.); Nagler GS Bd. 111, 1; Vogt ZStW 63, 382; Welzel Lb. S. 31
4) Welzel Lb. S. 201; Gallas ZStW 67, 41
5) Auch ein durch vis compulsiva erzwungenes Verhalten genügt noch den Erfordernissen der Willentlichkeit, vgl. Maurach A.T. S. 578.
6) Unterlassung S. 170 ff.
7) a.a.O. S. 182

§ 3 Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen

A) Zur Notwendigkeit einer Abgrenzung

Trotz der theoretisch eindeutig bestimmbaren Wesensmerkmale der Unterlassung kann es im Einzelfall außerordentlich schwierig sein, festzustellen, ob ein Tun oder Unterlassen die tatsächliche Basis für einen ordnungsrechtlichen Vorwurf bildet. Dann stellt sich die Frage, nach welchen Maßstäben die Unterscheidung konkret zu treffen ist. Hierfür müssen allgemeinverbindliche Richtlinien aufgestellt werden. Die Notwendigkeit dazu ergibt sich einmal im Hinblick auf das Gebot einer methodisch exakten Arbeitsweise, vor allem aber wegen der mit der Unterscheidung verbundenen weitreichenden rechtlichen Konsequenzen.

Soll das betreffende Verhalten einem Begehungstatbestand subsumiert werden, so bedarf es, falls es sich als ein Unterlassen darstellt, einer besonderen Garantenstellung, um zu einer Gleichstellung mit dem entsprechenden Tun zu kommen.[1] Auch die Frage der Kausalität stellt sich im Falle eines Unterlassens wesentlich anders als bei einem positiven Tun. Die Einordnung eines Verhaltens in die Kategorie des Unterlassens bringt dem Betroffenen oft entscheidende Vorteile.[2]

Besonders wichtig ist die Abgrenzung im Rahmen dieser Arbeit für die Frage, welche Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts durch Unterlassen überhaupt begehbar sind. Hierzu kann verbindlich nichts gesagt werden, ohne daß zuvor die zwischen beiden Verhaltensweisen verlaufende Grenze festgelegt wurde, die freilich keine durchgängig scharfen Konturen wird aufweisen können.

1) näher dazu unten, 2. Abschnitt II. Kap. §§ 4,5

2) vgl. Wessels JZ 1967, 449 (450)

B) Lösungsmöglichkeiten des Abgrenzungsproblems

Das Problem der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen wird in der wissenschaftlichen Diskussion vielfach zu undifferenziert gesehen. Es handelt sich nämlich in Wirklichkeit um zwei einander überlagernde, aber gedanklich zu trennende Problemkreise. Zunächst geht es -was im Rahmen dieser Untersuchung primär interessiert- um die Unterscheidung beider Begriffe als gegensätzliche menschliche Verhaltensweisen: entweder stellt sich ein menschliches Verhalten als Tun oder als Unterlassen dar. Eine Zwischenform gibt es nicht; erst auf einer weiteren Ebene kann sodann die in der wissenschaftlichen Diskussion vielfach vorrangig behandelte Frage auftauchen, an welchen konkreten Ausschnitt aus einem rechtserheblichen mehrdeutigen Gesamtverhalten die rechtliche Würdigung im konkreten Fall anzuknüpfen hat.

Letzteres Problem wird zumeist an den bekannten Fällen doppeldeutiger Verhaltensweisen im Fahrlässigkeitsbereich erörtert, wo vielfach Elemente der Unterlassung und der Begehung ineinander übergehen. Ein häufig vorkommendes praktisches Beispiel aus dem Bereich des Ordnungsrechts: jemand fährt auf nachtdunkler Straße ohne Beleuchtung und gefährdet dabei einen anderen. In einem solchen Fall fragt es sich, ob er den Tatbestand des § 1 II StVO durch ein Tun oder möglicherweise durch Unterlassen verwirklich haben könnte.[1]

Ferner taucht das Problem häufig auf, wenn ein "Täter" eine bereits von ihm selbst eingeleitete, auf einen bestimmten 'Erfolg hinsteuernde Kausalkette später wieder abbricht.[2]

1) Ein berühmter Fall dieser Art ist in RGSt 63, 211 entschieden,(vgl. insoweit Bemerkungen bei Cramer, Grundbegriffe 13/8); Schulfall ist auch der sog. Ziegehaarfall in RGSt 63, 211

2) praktisch bedeutsam geworden sind in letzter Zeit insbesondere im Strafrecht die Fälle des Abbruchs ärztlicher Hilfsmaßnahmen, so vor allem jene, in denen der Arzt einen noch lebenden Schwerkranken von der Herz-Lungen-Maschine wegnimmt, um einen anderen Patienten mit besseren Heilungsaussichten anzuschließen;(vgl. dazu etwa Geilen FamRZ 1968,125; Roxin ZStW 74, 415 ff., Engisch-Festschrift S. 400; Lenckner Medizinische Klinik 1969, 1005;Wessels Schwerpunkte S. 117 und JZ 1967, 450; Bockelmann,Strafrecht des Arztes S. 114.

Die zu diesem letzteren Problemkreis vertretenen Meinungen lassen sich im wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

(1) An ein positives Tun sei anzuknüpfen, wenn das in dem Gesamtverhalten liegende positive Tun für den tatbestandsmäßigen Erfolg ursächlich war. Nur wenn eine Kausalität des als positives Tun erscheinenden Handlungsausschnitts zu verneinen oder hinsichtlich dieses Verhaltens keine Rechtswidrigkeit oder Schuld festzustellen sei, müsse auf den Gesichtspunkt des Unterlassens zurückgegriffen werden.[1]

(2) Ein einheitliches Verhalten, das sowohl Tätigkeits- wie auch Unterlassungselemente enthalte, sei im Zweifel als positives Tun zu betrachten.[2]

(3) Es sei von dem strafrechtlich relevanten Erfolg rückschauend die nächste selbständige Ursache aufzusuchen. Wenn diese ein Unterlassen sei, liege ein Unterlassungsdelikt vor. Stelle sie sich als ein Tun dar, sei ein Tätigkeitsdelikt gegeben.[3]

(4) Die Frage, ob eine Begehungs- oder Unterlassungstat vorliege, sei eine Wertungsfrage. Auch wenn formal ein Tun vorliege, könne das Verhalten nach seinem "sozialen Sinngehalt"[4] den Schwerpunkt in einem Unterlassen haben. Maßgebend sei, wogegen der rechtliche Vorwurf bei komplexer Betrachtung des Gesamtvorgangs sich jeweils richte.[5]

1) so Roxin ZStW 74, 415; Jescheck Lb. S. 456 f.; teilweise abweichend Welzel Lb. S. 203
2) Spendel, Eb. Schmidt-Festschrift S. 194; Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt-Festschrift S. 212
3) Baumann Lb. S. 188 f.
4) so BGH NJW 1953, 1924
5) so die wohl h. M.: BGHSt 6, 59; Mezger-Blei StudB. I S. 81; Maurach A.T. S. 581 f.; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 95; Geilen, FamRZ 1968, 150; Lenckner, Medizinische Klinik 1969, 1005; Wessels Schwerpunkte S. 116 f. und JZ 1967, 450; Eb. Schmidt, "Der Arzt im Strafrecht" S. 75 ff. Aus dem Schrifttum zum Ordnungsrecht liegt -soweit ersichtlich- nur eine Stellungnahme von Cramer vor, der anscheinend der zu oben (2) dargestellten Meinung zuneigt (vgl. Grundbegriffe 3/8). Eine neue Theorie von Schmidhäuser, der die Entscheidung vom angegriffenen Rechtsgutobjekt her treffen will und darauf abstellt, ob der jeweilige "Achtungsanspruch des Tatbestandes" ein Tun oder Unterlassen verlange, läßt sich von ihrem Grundgedanken her wohl ebenfalls dieser wertenden Richtung zuordnen (vgl. Lb. 16/103).

Die Entscheidung in diesem Meinungsstreit ist für den weiteren Fortgang dieser Untersuchung nur von zweitrangiger Bedeutung. Im Hinblick auf die Frage, welche Tatbestände des Ordnungsrechts durch Unterlassen überhaupt begangen werden können, kommt dagegen der logisch dem obigen Problem vorgelagerten Frage, wodurch sich die beiden Grundtypen menschlichen Verhaltens begrifflich - abstrakt unterscheiden, eine entscheidende Bedeutung zu. Die Lösung dieser Frage wird im übrigen auch den entscheidenden Aspekt für die zuvor aufgezeigte Problematik mitliefern. Denn indem man die Frage stellt, ob im konkreten Fall aus einem komplexen Gesamtverhalten dieser oder jener Verhaltensausschnitt als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Bewertung auszuwählen sei, wird stillschweigend eine bereits vollzogene Unterscheidung von Tun und Unterlassen im allgemeinen unterstellt.[1]

Dies zeigt sich ganz deutlich etwa an der Problemstellung bei Cramer, der den Fall des ohne Beleuchtung fahrenden Radfahrers diskutiert: Cramer stellt die Frage, "welcher Verhaltensbestandteil, also das Fahren ohne Licht (=positives Tun) oder das Nichteinschalten der Beleuchtung (=Unterlassen) den maßgeblichen Anknüpfungspunkt für eine ordnungsrechtliche Beurteilung abgibt".[2] Offen bleibt dabei aber, nach welchen Kriterien er die für ihn scheinbar selbstverständliche Bewertung des Nichteinschaltens der Beleuchtung als Unterlassen und des Fahrens als ein Tun vornimmt. Daß dies keineswegs so selbstverständlich ist, wie es auf den ersten Blick scheint, zeigt sich an einem ganz ähnlichen Beispiel: der Führer einer Straßenbahn etwa setzt den Zug durch eine Hebelbewegung bei Beginn der Fahrt in Bewegung; sodann bewegt sich dieser ohne jede äußere Körperaktivität weiter fort. Liegt hier in dem "Führen" des Straßenbahnzuges wirklich eindeutig ein aktives Tun ?

Die Lösung des sich hier zeigenden logisch vorrangigen Unterscheidungsproblems wird -vereinfachend schematisiert- in drei Richtungen gesucht: in einer rein "naturalistischen Richtung", die allein auf das äußere, sinnhafte Geschehen abstellt, einer

1) so auch Grünwald Diss. S.21; Welp S. 108; 2) Grundbegr.13/8

zweiten Strömung, die ich als "physikalische Richtung" bezeichnen möchte und einer dritten "wertenden Richtung".

I. Die naturalistische Richtung

Die ältere Lehre sah es als selbstverständlich an, daß Tun und Unterlassen allein nach dem Kriterium der äußeren Körperbewegung zu unterscheiden seien.[1] Ähnlich definierte z.B. auch Eb. Schmidt zunächst das Tun als eine "mittels willkürlicher Körperbewegung erfolgte Verursachung eines Erfolgs", Unterlassen als "willkürliche Nichtvornahme einer Körperbewegung".[2] Dieses rein äußerlich - naturalistische Unterscheidungsmerkmal bevorzugen gegenwärtig noch Böhm[3] und Herzberg[4], der die Abgrenzung nach der faktischen, mechanisch wirkenden Körperaktivität als die "immer noch herrschende" bezeichnet.[5]

II. Die "physikalische Richtung"

Diese Theorie orientiert sich maßgeblich an dem Kriterium des "positiven Energieeinsatzes". Als Hauptvertreter sind Engisch[6], Androulakis[7], Welp[8] und -teilweise abweichend- E.A. Wolff[9] zu nennen. Aktives Tun ist nach dieser Lehre diejenige Verhaltensform, "durch die positive Energie in Richtung auf ein Gut eingesetzt wird", während bei einem Unterlassen diese Energie gegenüber einem aktuellen Kausalverlauf nicht aufgebracht werde.[10] Der Mensch, so heißt es bei Androulakis[11], "nimmt gegenüber einer an ihn im Rahmen einer Situation adressierten Energieeinsatzmöglichkeit Stellung, indem er sie entweder annimmt ..... oder ..... sich gegen sie auflehnt. Bei Annahme und Einsatz der entsprechenden Energie handelt der Mensch; bei Zurückweisung und Nichteinsatz ..... läßt der Mensch die in Frage stehende Handlung."

1) vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen S. 9; v. Hippel Strafrecht Bd. 2 S. 126 f.
2) vgl. v. Liszt-Schmidt S. 170
3) Diss. S. 18 ff.
4) Unterlassung S. 91, 183
5) ebda. S. 69; Herzberg hält im übrigen - vom Standpunkt seines negativen Handlungsbegriffs - die ganze Problematik für eine "Scheinproblematik".
6) "Vom Weltbild des Juristen" S. 38;MSchrKrimBiol 1939, 414 f.
7) S. 55; 8) Diss. S. 111 ff.
9) Er geht vom Kriterium der "Kraftentfaltung" aus, (S. 60).
10) vgl. Welp Diss. S. 111; 11) Studien a.a.O.

III. Die wertende Richtung

Sie wird angeführt von Jescheck[1] und Eb. Schmidt, der die Formel vom der "sozialen Sinnbedeutung des Verhaltens" als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal prägte.[2]
Nach dieser Lehre darf sich die Unterscheidung der menschlichen Verhaltensweisen nicht am äußeren Bilde des Verhaltens ausrichten, denn "nicht Bewegung des Körpers einerseits, Nichtbewegung andererseits oder Stillehaltung" seien maßgebend, sondern die Prüfung daraufhin, welchen sozialen Sinn das Verhalten erfülle.[3] Die Möglichkeit, daß ein "Nichtstun im sozialen Sinn einem Begehen gleicht", räumt auch Roxin ein. "Was ontologisch eine Unterlassung ist", so konstatiert er, "ist es nicht immer auch im sozialen Sinn".[4]
Eine Stellungnahme zur Vorzugswürdigkeit der einen oder anderen Theorie setzt eine eingehende Untersuchung voraus.[5] Das soll im folgenden geschehen.

1) Lb. S. 456 f.
2) "Der Arzt im Strafrecht" S. 78 f. und Lehrkommentar zur StPO I (2) Rdn. 375; sympathisierend mit dieser Lehre wohl auch Spendel, Eb. Schmidt - Festschrift S. 183 ff., insbes. S. 191 f.
3) Eb. Schmidt a.a.O.
4) Täterschaft S. 466; an anderer Stelle schreibt er: "was faktisch gesehen ein Unterlassen ist, kann sich nach seinem sozialen Sinngehalt ..... als förderndes T u n darstellen,"(Täterschaft S. 486).
5) Das von Mezger entwickelte und auch vom BGH verwendete Kriterium des "Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit" (vgl. BGHSt 6, 59) muß indiesem Zusammenhang außer Betracht bleiben, da es in den oben dargestellten logisch nachrangigen Problemkreis gehört. Im übrigen erscheint auch nicht einsichtig, inwiefern das Merkmal der Vorwerfbarkeit als ein Element der Schuld über die faktische Qualität eines Verhaltens Grundsätzliches auszusagen vermöchte.

IV. Der eigene Standpunkt

Jede Begriffsbildung ist auszurichten an dem Zweck, dem zu dienen sie bestimmt ist. Ihr Wert wird durch die Funktionstauglichkeit des Begriffs bestimmt. Das gilt auch für die theoretische Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Es fragt sich daher, ob die naturalistische Abgrenzung die erforderliche Eignung mitbringt, für die Rechtsanwendung taugliche Elementarbegriffe zu liefern. Dies ist m. E. zu verneinen.
Der Jurist knüpft auch sonst bei der Bildung seiner Tatsachenbegriffe nicht unmittelbar an rein äußerliche Naturtatsachen wie Lauf der Gestirne oder physiologische Geschlechtsbeziehungen, sondern an Sozialgebilde wie Kalenderregelung, bestimmte Geschlechtsgemeinschaften und dgl. an.[1] Das vom Recht zu erfassende und auf Grund von Sollenssätzen (Normen) zu bewertende Sein ist keine rein naturalistische aber auch keine normativistisch zu sehende Welt, sondern eine sinnerfüllte und zweckbezogene Wirklichkeit.[2]
Dies tritt besonders deutlich hervor, wenn man den speziellen Bereich sinnhafter menschlicher Äußerungen und sozialer Kontakte betrachtet, dem im Ordnungsrecht eine besonders wichtige Rolle zukommt. Schon Radbruch lehrte, daß der Jurist die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nicht rein naturalistisch fassen dürfe und deshalb etwa eine Beleidigungshandlung nicht als "eine Reihe von Kehlkopfbewegungen, Schallwellenerregungen und Gehörreizungen" zu begreifen sei, weil hierbei gerade das Wesentliche: der sprachliche Sinn und die soziale Bedeutung der Beleidigung ganz außerhalb des so konstruierten Begriffs bliebe.[3]
Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen nach dem äußeren Merkmal der Körperbewegung kann daher den Gegebenheiten und Anforderungen des Rechts nicht genügen. Liegt im Straf - und Ordnungsrecht die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung zuallererst darin, für eine dieser Verhaltensweisen im Hinblick auf die Verwirklichung bestimmter Tatbestände die

1) Spendel, Eb. Schmidt-Festschrift S. 191
2) derselbe a.a.O.
3) vgl. Frank-Festgabe Bd. 1 S. 161

Notwendigkeit einer besonderen "Garantenpflicht" zu präjudizieren, so müssen die maßgeblichen Angrenzungskriterien diesem Zweck vor allem Rechnung tragen.
Da nun diese "Garantenpflicht" nicht etwa das bei einer Unterlassung in der Regel fehlende Merkmal äußerer Körperbewegung ersetzen soll, sondern unbestrittenermaßen lediglich den Mangel eines vom "Täter" ausgelösten oder beeinflußten Verursachungsvorgangs auszugleichen hat,[1] müssen die Unterscheidungsmerkmale beider Verhaltensweisen so geartet sein, daß ein Verhalten, welches die W i r k u n g e n aktiver Verursachung hat, stets als positives Tun qualifiziert wird.
Die Lehre von Roxin, Jescheck und Spendel verdient daher Zustimmung, soweit sie besagt, daß im Falle eines erfolgsverursachenden Verhaltens eine Vermutung für positives Tun besteht. Für die "Bewirkensqualität" eines Verhaltens gibt jedenfalls die Körperbewegung nichts her. Dieses Kriterium versagt aber auch vielfach im Hinblick auf Tatbestände, die ein ursächliches Verhalten überhaupt nicht erfordern. So wird z. B. allgemein angenommen, daß eine Beleidigung auch durch geflissentliches Nichterwidern eines Grußes, durch Weglassen einer Höflichkeitsformel bei einer Anrede oder "Übersehen" der ausgestreckten Hand begangen werden könne,[2] obwohl es doch hier an einer Körperbewegung gerade fehlt. Um in diesen Fällen eine Beleidigung bejahen zu können, müßte bei konsequenter Anwendung der naturalistischen Abgrenzungstheorie -die ja den hier entscheidenden Verhaltensausschnitt als Unterlassen werten muß- eine Garantenpflicht des "Täters" gefordert werden. Diese Konsequenz wird aber von niemandem gezogen. Eine Garantenpflicht, den andern zu grüßen, höflich anzureden usw. ließe sich auch schwerlich begründen. Es bedarf einer solchen aber auch nicht. Denn im Hinblick auf den Erfolg der Beleidigung kann ein äußerlich passives Verhalten eben die gleichen Wirkungen haben wie das gesprochene Wort, weil nicht die Handlung

---

1) daß der Unterlassung echte Kausalität nicht zukommt, ist absolut h.M.; vgl. Träger GS 92, 289 ff.; Gallas ZStW 67, 8 f. Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt-Festschr., S. 209 ff.; Armin Kaufmann, Dogmatik S. 57 f.; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn 94, näher dazu unten 2.Abschn. II. Kap. § 6 A
2) Kern Äußerungsdelikte S. 135; Meyer-Bahlburg MschrKrim. 65, 249

als körperlicher Vorgang den "Erfolg" -die Beleidigung- ausmacht, sondern die in ihr steckende, nicht den Sinnen, sondern Verstehen und Begreifen allein zugängliche Bedeutung.Als Verletzung eines persönlichen Achtungsanspruchs liegt der Erfolg der Beleidigung allein in der Sphäre sozialer Beziehungen. Er ist daher -wie alle derartigen Erfolge- durch körperliche Einwirkung überhaupt nicht zu bewirken, sondern allein durch Verhalten, dessen S i n n g e h a l t auf Negierung dieses Achtungsanspruchs geht.[1]

Für das Ordnungsrecht, dessen tatbestandsmäßige Erfolge zum großen Teil auf der Ebene sozialer Beziehungen liegen, ist die naturalistische Abgrenzungstheorie mithin nicht brauchbar. Ihre Untauglichkeit erweist sich insbesondere auch dort, wo rechtsrelevante Erfolge durch Einwirkung auf die Psyche oder in der Psyche eines anderen hervorgerufen werden, was in zahlreichen Ordnungstatbeständen der Fall ist. So erfordern z. B. zahlreiche Tatbestände, daß der Täter (z.B. der Inhaber eines Betriebs) bei behördlichen Kontrollen den Beamten die Einsicht in Geschäftsbücher oder den Zutritt zu Räumlichkeiten "verweigert".[2] Nun stelle man sich z.B. vor, ein Betriebsinhaber, der nach den gesetzlichen Vorschriften derartige Maßnahmen dulden muß, überhört geflissentlich alle Aufforderungen des Beamten, so daß dieser die Kontrollmaßnahme nicht ausführen kann. Ob hier ein "Verweigern" des Zutritts vorgelegen hat, kann nicht von einem äußeren körperlichen Verhalten abhängig gemacht werden. Vielmehr kann hier das körperlich passive Verhalten die gleiche Aussagekraft und damit die gleiche W i r k u n g haben wie ein ausdrücklich gesprochenes "Nein".[3]

Aber selbst auf der Ebene rein physikalischer Vorgänge vermag das Kriterium der Körperbewegung die Anforderungen des Rechts nicht zu befriedigen. Man denke nur an die bekannten Fälle regungsloser Kraftentfaltung mittels einer vom "Täter"

1) vgl. Roxin Täterschaft S. 390
2) so z.B. §§ 29 I Nr. 5 WassersicherstG, 19 I Nr. 2 WirtschaftssicherstG, 10 I Nr. 2 LuftreinhG; vgl. ferner unten 2. Abschn. II. Kap. § 7 II d
3) Auf kausale Wirkungen passiven Verhaltens mittels der Psyche eines andern wiesen als Erste Geyer (Kritische Vierteljahresschrift 24) (1882) und Aldosser (Unterlassungen S.81) hin.

beherrschten Maschine. Wenn etwa ein Autofahrer zu schnell in eine unübersichtliche Stelle einfährt, ohne den Fuß vom Gaspedal zu nehmen, dann fehlt es nach diesem Kriterium an einer für die rechtliche Bewertung anknüpfungsfähigen positiven Handlung. Soll nun etwa der Fahrer, sofern er andere gefährdet, nur bei Vorliegen einer Garantenpflicht verantwortlich gemacht werden können ? Das würde der Sachlage sicher nicht gerecht.[1]

Die rein naturalistische Theorie vermag nach allem weder in ihrer dogmatischen Konzeption noch in der praktischen Brauchbarkeit zu überzeugen. Sie ist daher abzulehnen.

Aber auch die Abgrenzung nach dem Kriterium des "positiven Energieeinsatzes" verbürgt sachgerechte Ergebnisse nicht. Für die Fälle der "regungslosen Kraftentfaltung" greift diese Theorie zu wenig überzeugenden Hilfserwägungen, um die für diese Fälle allein sachgerechte Qualifikation als positives Tun zu erreichen. Da die technische Konzeption von Maschinen und Kraftfahrzeugen eine kontinuierliche Einwirkung auf den Antriebs- und Lenkungsmechanismus bedinge, seien nach erfolgter Ingangsetzung der Maschine immer wieder erneuerte Kräfte des Bedienenden erforderlich.[2] Daß dies nur für einen Teil der denkbaren Fallgestaltungen zutrifft, liegt auf der Hand. So wird diese Erwägung z. B. dem Lokomotiv - oder Straßenbahnführer nicht gerecht, da es hier lediglich zur Ingangsetzung der Zugmaschine einer Hebelbewegung bedarf, damit der Zug sich sodann ohne jede weitere Krafteinwirkung weiterbewegt. Ebenso liegt es bei vielen anderen Maschinen. Gleichwohl liegt auf der Hand, daß die "Tätigkeit" des Lokomotivführers nicht als eine zur Tätigkeit des Autofahrers entgegengesetzte Verhaltensweise -hier Unterlassen, dort positives Tun- qualifiziert werden kann.

1) Wurde aber lange Zeit vertreten; vgl. Träger Unterlassungsdelikte S. 97; Höpfner ZStW 36, 127; Frank § 1 Anm. IV; H. Mayer Lb. S. 79; die Garantenpflicht soll sich aus vorangegangenem Tun ergeben; dies ist vom Standpunkt der h. M. in vielen Fällen schon deshalb nicht haltbar, weil ein rechtmäßiges Tun -wie z.B. das Ingangsetzen eines Fahrzeugs- danach nicht Grundlage einer Garantenstellung sein kann (so u.a. Rudolphi S. 157 ff.; Henkel, MschrKrim. 1961, 183; Schmidhäuser Lb.16/54; 2) Welp S. 114

Auf der gleichen Ebene liegt folgender, von Herzberg[1] in die Diskussion eingebrachter Beispielsfall: Der Gärtner eines herrschaftlichen Villengrundstücks hat soeben den Mechanismus in Tätigkeit gesetzt, um das im Garten gelegene Schwimmbecken mit Wasser zu füllen. Nun fällt ein Kind, das sich in den Garten eingeschlichen hatte, in das Becken, wo es bewußtlos liegen bleibt, während das Wasser langsam ansteigt. Eine Garantenstellung des Gärtners zur Rettung des Kindes läßt sich in diesem Fall kaum begründen, da sein voraufgegangenes Tun an sich nicht gefährdend, sondern durchaus sozialadäquat war. Deshalb trifft auch die Meinung von Welp nicht zu, der in allen Fällen regungsloser Kraftentfaltung "die minimale Verhaltensdifferenz" für eine "quantité negliable" hält, weil sich immer eine Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun konstruieren lasse.[2]

Es hat sich gezeigt, daß die starren Kriterien der beiden bisher behandelten Abgrenzungstheorien die vielfältigen Erscheinungsformen menschlichen Verhaltens für die Rechtsanwendung nicht befriedigend zu erfassen vermögen. Dies kann allein eine wertende Unterscheidung unter Berücksichtigung des sozialen Sinngehalts des Verhaltens. Für den letzteren Beispielsfall räumt dies auch Herzberg, ansonsten Verfechter der naturalistischen Richtung, ein. Schon der Sprachgebrauch, der das Verhalten des Gärtners noch als ein "Einfüllen" empfinde, so meint er, zeige an, "daß etwas seinem sozialen Sinne nach ein Tun sein kann, was faktisch nur ein Unterlassen ist."[3]

Nun ist allerdings einzuräumen, daß das Kriterium des "Energieeinsatzes" gegenüber einer wertenden Abgrenzung den bedeutenden Vorteil größerer Exaktheit und mithin gesteigerter Rechtssicherheit besitzt. Indes: Ein Mehr an Rechtssicherheit bringt nur dann rechtlich echten Gewinn, wenn zugleich sachgerechte Ergebnisse verbürgt sind. Das eben ist bei diesem

---

1) Unterlassung S. 277
2) Diss. S. 115
3) a.a.O. S. 278; auch der Fall des zu schnell fahrenden Straßenbahnführers läßt wohl nur durch eine wertende Betrachtung zutreffend als positives Tun erfassen; (so auch Canaris JZ 1963, 656)

Unterscheidungsmerkmal m. E. nicht der Fall. In Wahrheit besteht nämlich der ausschlaggebende Unterschied zwischen den Verhaltensweisen durchaus nicht darin, daß hier Energie freigesetzt würde, dort aber nicht. Hören wir stellvertretend die Argumentation von Welp:

"Betrachtet man den Menschen in seiner Beziehung zu jenen Veränderungen der realobjektiven Außenwelt, die im Hinblick auf seine Leistungen und Fehlleistungen "Erfolge" genannt werden, so ergibt sich offenbar ein Dualismus. Denn entweder wirft sich der Mensch in der Weise zum Urheber dieser Erfolge auf, daß er selbst Kausalverläufe in Gang setzt oder abändert, oder er verhält sich gegenüber anderweit in Gang gesetzten Kausalverläufen bei Kenntnis seiner Interventionsmöglichkeiten rein passiv. Da der Einbruch in die kausal determinierte Körperwelt nur durch Einwirkung auf die äußere Wirklichkeit der Dinge geschehen kann und somit die Freisetzung körperlicher Energie voraussetzt, läßt sich der Unterschied der beiden Fallgruppen durch die Begriffe positiver Energieeinsatz und Aktivität einerseits und Nichteinsatz von Energie und Passivität andererseits umschreiben."[1]

Aus diesen Sätzen wird deutlich, daß sich hinter dem Kriterium des Energieeinsatzes das eigentlich entscheidende Merkmal der Kausalität verbirgt. Das geht auch aus folgender Äußerung hervor: ".....Denn während man den Menschen im Falle bloßer Passivität aus dem Geschehensablauf hinwegdenken kann, ohne daß sich an der Gestaltung der realobjektiven Wirklichkeit etwas änderte, weist die Änderung der Außenwelt bei einer Aktivität stets schon auf ihn selbst zurück..... Wenn der aktive Einbruch in die festgelegte Körperwelt vermöge der Bewirkensqualität der energievollen Kraftentfaltung stets schon auf den Urheber zurückweist und den Erfolg als sein Werk erkennen läßt, während die Änderung der Außenwelt bei bloßer Passivität des Menschen nur mit Hilfe besonderer Zurechnungskriterien mit ihm verbunden werden kann, so unterscheidet das Merkmal des "positiven Energieeinsatzes" die Verhaltensformen....."[1]

Das formal zum ausschlaggebenden Kriterium erhobene Merkmal

1) Diss. S. 110 f. (in Anlehnung an E.A. Wolff S. 9, 21)

des Energieeinsatzes wird offenbar gewonnen durch eine Deduktion aus dem Begriff des "Bewirkens", der seinerseits umschrieben ist als "Einbruch in die kausal determinierte Körperwelt". Diese Lehre stimmt mit dem eingangs dargelegten und hier vertretenen Standpunkt insoweit überein, als die "Bewirkensqualität" eines Verhaltens den Rückgriff auf andere Zurechnungskriterien -Garantenstellung- entbehrlich macht.
Das entscheidende Manko dieser Theorie liegt aber darin, daß sie "Bewirkensqualität" nur der energievollen Kraftentfaltung zuerkennen kann, weil sie das Energiemoment allein unter dem Aspekt der "Veränderungen der realobjektiven Körperwelt"[1] konstituiert. So kann sie die wichtigen Fälle der durch aussagekräftige Passivität auf psychische Weise vermittelten Veränderungen nicht zutreffend erfassen. Gerade dies ist aber im Ordnungsrecht angesichts der dominierenden Rolle der auf ein verstehendes Wahrnehmen gerichteten sog. Äußerungstatbestände[2] ein besonders wichtiger Bereich. Eine Abgrenzungstheorie innerhalb dieser Rechtsmaterie muß die Übereinstimmung von konkludent passivem Verhalten und energievoller Körperaktivität ihrer Wirkung nach berücksichtigen, d. h. ein konkludent wirkendes Passivverhalten als positives Tun erfassen können.[3] Dies ist nur bei wertender Betrachtung möglich.
Problematisch ist nun allerdings, in welchen Fällen ein körperlich passives Verhalten durch konkludente Aussagekraft kausal "wirkt". So kann z.B. eine Unterlassung echt kausal wirken, "wo das Kausalgesetz die Form menschlicher Motivation annimmt."[4] Aber nicht jede derartige Kausalität indiziert bereits konkludente Wirkung auf das Verstehen eines anderen. Dies hatten z.B. Geyer[5] und Aldosser[6] nicht erkannt, weshalb ihre Erkenntnisse zur Unterlassenskausalität wenig fruchtbar blieben. Beide nahmen eine konkludent kausale Unterlassung z.B. auch für den Fall an, daß jemand, der in der Nähe eines Abgrunds steht, eine sich darauf zubewegende Person nicht

1) Welp Diss. S. 123
2) näher dazu unten 3. Abschn. § 12 C IV 2
3) übereinstimmend wohl Nickel S. 39 Fußnote 343
4) so Graf zu Dohna Verbrechenslehre S. 22
5) Kritische Vierteljschr. S. 242
6) vgl. Unterlassungen S. 94 f.

warnt, so daß diese abstürzt, weil sie auf Warnung gerechnet hatte.[1] Dem kann nicht gefolgt werden. Nicht der Umstand, daß jemand auf bestimmte Äußerungen eines anderen gerechnet h a t, bestimmt die Aussagekraft menschlichen Verhaltens, sondern daß dieses bei Berücksichtigung von Treu und Glauben nach den Verkehrsgepflogenheiten eine bestimmte Schlußfolgerung zuläßt, so daß eine Äußerung erwartet werden d u r f t e. Die kausale Wirkung eines Schweigens allein bildet also keinen absoluten Wertungsmaßstab für die Einordnung als Tun oder Unterlassen. Vielmehr muß als zweite Komponente eine bestimmte Aussagekraft hinzukommen. Dies sei im Hinblick auf einige Ordnungstatbestände erläutert, deren tatbeständsmäßige Handlung ausschließlich in dem Vollzug bestimmt gearteter sozialer Kontakte besteht, wie z. B. des "Gestattens" in den §§ 9, 14 Jugendschutzgesetz. Erklärt z.B. ein Jugendlicher mit Blick auf die vor ihm liegende Zigarettenschachtel seines erwachsenen Bruders B diesem gegenüber, er werde sich aus der Schachtel bedienen, falls jener nichts einzuwenden habe, und schweigt darauf der B, so hat dieses Schweigen zwar "Bewirkenskraft"[1], jedoch nicht ohne weiteres die Qualität positiven "Gestattens". Denn dann hätte es jedermann in der Hand, ein rein passives Verhalten eines anderen dadurch auf die Ebene positiven Tuns zu heben, daß er ihm ein Ultimatum stellt. Für ein konkludentes "Gestatten" bzw. "Fördern" i.S.d. §§ 9, 14 I Nr. 2 Jugendschutzgesetz fehlt es hier an der Komponente der objektiven Aussagekraft. Allein der Umstand, daß jemand das Schweigen eines anderen zum Anlaß für eine eigene selbstverantwortliche Wirklichkeitsgestaltung nimmt, hebt dieses nicht auf die Ebene positiven (konkludenten) Tuns. Die Frage ist allerdings, ob die oben benannten zwei Wesenskomponenten des als positives Tun einzuordnenden Passivverhaltens eine hinreichend sichere Abgrenzungsgrundlage bieten.
Wenig hilfreich scheint mir jedenfalls insoweit die Lehre von Schünemann, der im Hinblick auf gewisse Strafrechtstatbestände, deren Handlungen sich lediglich als "Träger und Vermittler eines Sinngehalts" darstellen,[2] ein mindestens konkludentes

1) a.M. für derartige Fälle wohl Welp Diss. S. 274
2) wie z.B. bei §§ 185, 164, 153 StGB

Verhalten verlangt und die Maßstäbe dafür "den sozialen Anschauungen und Gepflogenheiten" entnehmen will. Damit ist kein für die praktische Rechtsanwendung taugliches, weil viel zu vages und verschwommenes, Kriterium gefunden.
Unterzieht man das hier aufgeworfene Bewertungsproblem genauerer Betrachtung, so stellt man fest, daß die Problematik derjenigen bei der Bestimmung der Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch konkludentes Schweigen im Zivilrecht fast vollkommen entspricht. Dort wird die Frage, ob eine rechtswirksame konkludente Willenserklärung vorliegt, danach entschieden, ob der Adressat das Schweigen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Erklärungsmittel für einen bestimmten Geschäftswillen verstehen durfte, wobei freilich im Hintergrund nicht die Frage einer Haftung nach einem Bußgeldtatbestand sondern für das "Erklärte" in Gestalt einer rechtlichen Gebundenheit steht.
So existiert auch im Zivilrecht eine bedeutende Meinung, die das konkludente Schweigen als positive Erklärungshandlung auffaßt, nicht anders als etwa das Kopfnicken oder die Zustimmung durch Worte.[2] Flume stellt das Schweigen als Willenserklärung dem Unterlassen im Sinne eines unechten Unterlassungsdelikts gegenüber. Während der Täter beim unechten Unterlassungsdelikt, wie er ausführt, für die Unterlassung der E r f o l g s a b w e n d u n g bestraft werde, werde beim Schweigen als Erklärung das Schweigen positiv als Handeln aufgefaßt. Das Schweigen sei die Erklärung der Zustimmung aufgrund der Annahme, daß der Schweigende bewußt seine Zustimmung zum Ausdruck bringe.[3]
Nichts liegt näher, als diese Betrachtungsweise und ihre Bewertungsmaßstäbe auf das Straf - und Ordnungsrecht zu übertragen, soweit unter dem Aspekt einer auf ein verstehendes Wahrnehmen gerichteten Tatbestandshandlung die Bewertung eines bestimmten Verhaltens als Tun oder Unterlassen in Frage steht. Daß die im Zivilrecht entwickelten Bewertungsmaßstäbe

1) S. 369
2) so Flume § 5 2 c; Staudinger Einl. 3 vor § 116 und Palandt vor § 116 Anm. 1 weisen auf die grundsätzliche Wesensgleichheit von ausdrücklicher und schweigender Erklärung hin.
3) Flume a.a.O.

tatsächlich geeignet sind, auch für die hier aufgeworfene Abgrenzungsproblematik brauchbare Kriterien zu liefern, wird an späterer Stelle ausführlich zu zeigen sein.[1] Hier ging es zunächst nur darum, die Vorzüge einer wertenden Abgrenzung von Tun und Unterlassen im allgemeinen darzutun.

Was die Lösung der eingangs dargebrachten Beispielsfälle angeht, so bieten die zivilrechtlichen Grundsätze bereits überzeugende Lösungen an: Das passive Verhalten des erwachsenen Bruders kann gegenüber dem rauchenden Jugendlichen nicht als konkludentes positives Tun gewertet werden, weil nach diesen Grundsätzen im Rechtsverkehr niemand einen andern unter "Erklärungszwang" setzen kann, nur weil er es so bestimmt, so daß ein derartiges Schweigen niemals aussagekräftigen Charakter hat. Hingegen wird der Betriebsinhaber, der sich dem Kontrolleur gegenüber in ostentatives Schweigen hüllt, von jenem keineswegs durch eigenmächtiges Handeln unter Erklärungszwang gesetzt. Vielmehr erwartet die Rechtsordnung aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen von ihm, daß er sich äußert, will er sein Schweigen nicht als positive Verweigerung verstanden wissen.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß eine sinnvolle Abgrenzung der Verhaltensformen nur über eine wertende Betrachtung zu erreichen ist und daß in dem für das Ordnungsrecht besonders wichtigen Bereich der "sozialen Kontakte" die erfolgsverursachende ausdrucksvolle Passivität immer als positives Tun zu bewerten ist, wobei die Bewertungsmaßstäbe für die Frage der Schlüssigkeit eines Verhaltens zivilrechtlichen Grundsätzen zu entnehmen sind. Darüber hinaus muß jedes ausdrucksvolle Verhalten, das g e e i g n e t ist, positive Wirkungen zu erzeugen, als positives Tun aufgefaßt werden. Es kann im Rahmen einer wertenden Betrachtung nicht darauf ankommen, ob die erstrebte Wirkung tatsächlich eingetreten ist oder nicht. Eine Bestätigung für diesen unseren Standpunkt kann man m. E. der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Lehre zur Falschaussage durch Verschweigen bei §§ 153, 154 StGB entnehmen. Insoweit wird allgemein das Verschweigen wichtiger

1) vgl. unten 3. Abschn. § 12 II 2 a
2) Flume § 5 2 a

Umstände als unmittelbar tatbestandsmäßig angesehen, ohne daß es insoweit einer besonderen Garantenstellung bedürfte.[1] Da aber die §§ 153, 154 als Begehungstatbestände ausgestaltet sind, kann nur ein als positives Tun bewertetes Verschweigen den Tatbestand unmittelbar erfüllen.[2]
Es hat sich gezeigt, daß es möglich und mitunter geboten ist, ein äußerlich scheinbar eindeutiges Unterlassen aufgrund seines sozialen Sinngehalts, insbesondere seines schlüssigen Aussagegehalts als positives Tun zu bewerten. Umgekehrt gilt nichts anderes: Was faktisch ein Tun ist, kann seinem sozialen Sinngehalt nach ein Unterlassen sein.[3] Und damit ist die Grundlage geschaffen für die noch ausstehende Stellungnahme zu dem zweiten Problemkreis, an welchen Ausschnitt aus einem mehrdeutigen komplexen Gesamtverhalten die straf- und ordnungsrechtliche Subsumtion anzuknüpfen hat. Der richtige Weg kann auch in dieser Frage nur über eine wertende Betrachtung führen. So liegt der soziale Sinngehalt im Beispiel des ohne Licht fahrenden Radfahrers eindeutig im "Fahren" und somit im positiven Tun, während er im Falle des Arztes, der den hoffnungslosen Patienten von der Reanimationsmaschine absetzt, zur Annahme eines Unterlassens führen muß. Wenn der Arzt eine von ihm zunächst vorgenommene manuelle Behandlung einfach einstellt, also schlicht nicht weiterhandelt, so liegt unzweifelhaft Unterlassen vor. Den sozialen Sinngehalt eines Unterlassens muß dann aber auch ein äußerlich aktives Verhalten haben, das lediglich darin besteht, die Arbeit einer Apparatur zu unterbrechen, deren er sich quasi als verlängertem Arm zur Behandlung des Patienten bedient.[4]

---

1) vgl. u. a. BGHSt 1, 24; 2, 92; 3, 223; Schönke-Schröder § 153 Rdn. 16
2) Dies wird scheinbar nur von Mezger klar gesehen, LK Anhang 2 vor § 1 B I 2
3) Mit Beschränkung auf bestimmte Fallgruppen ebenso Roxin, Täterschaft S. 466
4) vgl. Lenckner Medizinische Klinik 1969, S. 1004

2. Abschnitt Die Unterlassungstat als Typus der Zuwiderhandlung

I. Kapitel Die Unterscheidung von echten und unechten Unterlassungsverstößen im Ordnungsrecht

A) Bedeutung und Konsequenzen der Unterscheidung

Um eine feste Grundlage für die folgenden Erörterungen der eigentlichen Probleme der Unterlassung im Ordnungsrecht zu haben, ist es erforderlich, zunächst den Begriffsunterschied zwischen den beiden Grundtypen der Unterlassungsverstöße zu verdeutlichen.

Mögen auch die Kriterien für diese Unterscheidung im einzelnen streitig sein, so herrscht doch in der Strafrechtslehre Einigkeit, daß eine klare Abgrenzung geboten ist. Denn soviel steht fest: Nur bei den unechten Unterlassungsdelikten taucht das Kernproblem der Unterlassungslehre -die Frage der Gleichstellung des Unterlassens mit dem Tun eines bestimmten Begehungstatbestandes- auf. Mit der Feststellung, daß ein echter Unterlassungsverstoß vorliege, ist daher im konkreten Fall oft schon ein schwieriges Problem aus dem Weg geräumt.

Auch in der ordnungsrechtlichen Literatur werden unterschiedliche Meinungen zur Unterscheidung beider Unterlassungstypen vertreten.

Göhler unterscheidet danach, ob die Rechtsordnung vom Betroffenen ein aktives Handeln erwarte. In diesem Fall liege ein echter Unterlassungsverstoß vor, wenn er die erwartete Handlung nicht vornehme. Setze dagegen der Tatbestand aktives Tun voraus, so könne er durch Unterlassen regelmäßig nicht verwirklicht werden. Etwas anderes gelte nur dann, wenn "zum Tatbestand der Eintritt eines Erfolgs gehört (Erfolgsdelikt im Gegensatz zum schlichten Tätigkeitsdelikt) und der mögliche Täter aufgrund besonderer Umstände als Garant für die Abwendung des Erfolgs einzutreten hat." Dann liege ein unechtes Unterlassungsdelikt vor.[1] Eine ähnliche Unterscheidung vertritt Bode, der einen echten Unterlassungsverstoß dann annehmen will, wenn der Tatbestand das Unterlassen einer

1) Kommentar vor § 1 Anm. 4 A

rechtlich gebotenen Handlung (etwa die Abgabe gesetzlich vorgeschriebener Erklärungen) beschreibe; bei den unechten Unterlassungsverstößen sieht er das wesentliche Merkmal in der "pflichtwidrig tatenlosen Herbeiführung eines Erfolgs, der in der Regel durch aktives Tun erreicht wird", wobei er ebenfalls den Tatbestand eines sog. "Erfolgsdelikts" im Auge hat.[1]
Dagegen stellen Cramer[2] und Rebmann-Roth-Hermann[3] darauf ab, ob der Normbefehl sich unmittelbar aus dem Tatbestand ergibt oder sich erst durch Auslegung aus einem V e r b o t s tatbestand ermitteln läßt, während es im Kommentar von Rotberg heißt: "Echte Unterlassungsdelikte unterscheiden sich von den unechten nur dadurch, daß sich bei ersteren die Handlungspflicht aus dem Tatbestand ergibt, während die Garantenstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist."[4]
Ebenso wie bei der Abgrenzung gehen die Meinungen auch im Hinblick auf die theoretische und praktische Bedeutung -vor allem der unechten- Unterlassungsverstöße auseinander. Göhler etwa meint, daß die spezielle Problematik der unechten Unterlassungsverstöße, nämlich, wann das Unterlassen dem aktiven Tun gleichzustellen sei, im Ordnungsrecht praktisch überhaupt nicht auftauche.[5]
Dagegen meint Cramer, "daß die meisten Begehungstatbestände (=Verbotsnormen) durch Unterlassen erfüllt werden können".[6]
Schon aus diesen praktisch bedeutsamen Meinungsdifferenzen erhellt die Notwendigkeit einer klaren Begriffsbestimmung insbesondere der unechten Unterlassungsverstöße.
Diese kann nur auf der Grundlage der strafrechtlichen Erkenntnisse vorgenommen werden.

1) Ordnungswidrigkeiten S. 22
2) Grundbegriffe 6/33 und 13/3
3) Kommentar § 1 Anm. 6
4) Kommentar § 5 Rdn. 5
5) Kommentar vor § 1 Anm. 4 A
6) Grundbegriffe 3/7

B) Die Abgrenzungstheorien des Strafrechts und ihre Tauglichkeit für das Ordnungsrecht

I. Gebots - Verbotstheorie

In der Strafrechtswissenschaft wurde ein Wesensunterschied zwischen einzelnen Arten von Unterlassungsdelikten zunächst überhaupt nicht gesehen. Als Erster hat Luden einen Unterschied zwischen "Unterlassungsdelicten im eigentlichen Sinne und den Verbrechen, welche durch Unterlassungshandlungen begangen werden", herausgearbeitet.[1] Während er letztere dadurch charakterisiert, daß bei ihnen die Unterlassung auf eine Verletzung fremder, subjektiver Rechte gerichtet sei, erblickt er das Wesen der "eigentlichen Unterlassungsdelicte" in dem Fehlen dieser Tendenz zu einer Rechtsgutsverletzung, indem sie sich lediglich als die Überschreitung von Geboten darstellen.[2] Diese Unterscheidungsmerkmale werden noch heute von einer beachtlichen Meinung mit gewissen Modifikationen für richtig erachtet. Man kann diese Meinung und dem Stichwort "Gebots-Verbotstheorie" zusammenfassen, weil nach ihr jeder Verstoß gegen eine Gebotsnorm als echter und ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm als unechter Unterlassungsverstoß zu qualifizieren ist, wobei letzterer sich lediglich als eine besondere Erscheinungsform verbotswidriger Begehung darstelle.[3]

Die namhaftesten Vertreter dieser Meinung sind heute etwa Lange[4], und Baumann[5], früher von Hippel[6] und Frank[7].

Aus der ordnungsrechtlichen Literatur kann die Meinung von Cramer mit dieser Theorie in Verbindung gebracht werden, wobei allerdings Cramer Merkmale anderer Theorien mit dieser mischt.[9]

1) in: Abhandlungen S. 219 Bd.2
2) a.a.O.
3) vgl. Kohlrausch-Lange Vorbem. S. 6
4) Kohlrausch-Lange a.a.O.
5) Lb. S. 22 ff. (226)
6) Dt. Strafrechts Bd. 2 (1930) S. 153 f.
7) Kommentar, S. 10
8) Grundbegriffe 13/3
9) Die Gebots-Verbotstheorie tritt noch in einer weiteren, von Schmitt in JZ 1959, 432 vertretenen Spielart auf. Danach sollen echte Unterlassungsdelikte n u r gegen eine Gebotsnorm, unechte außerdem gegen eine Verbotsnorm verstoßen.

II. Normativistische Theorie

Die Meinung von Cramer, wonach darauf abzustellen ist, ob die Verletzung der Gebotsnorm im Gesetz unmittelbar vertypt ist, oder ob sie nur durch Umwandlung unter einen V e r b o t s tatbestand subsumiert werden kann, gründet sich auf die Theorie Armin Kaufmanns, die Unterschiede zwischen den Unterlassungsverstößen allein im normativen Bereich anerkennt. Echte Unterlassungsdelikte sind nach Kaufmann alle im Gesetz ausdrücklich vertatbestandlichten Unterlassungen, unechte alle anderen gesetzlich nicht geregelten Fälle strafbarer Unterlassung. Ein wesensmäßiger oder struktureller Unterschied zwischen beiden Gruppen wird von dieser Lehre nicht anerkannt.[1] Weitere Anhänger dieser Theorie sind Welzel[2], Schröder[3] und Stratenwerth[4].

III. Erfolgsabwendung und schlichte Tätigkeit

Wohl noch herrschend in der Strafrechtswissenschaft ist die Abgrenzung danach, ob der betreffende Tatbestand ein Erfolgs - oder ein schlichtes Tätigkeitsdelikt beschreibt, wie sie im Ordnungsrecht z.B. von Göhler[5] vertreten wird. Fordert der Tatbestand lediglich die Vornahme einer schlichten Tätigkeit, so soll ein echtes Unterlassungsdelikt vorliegen, wenn der jeweilige Normadressat die Tätigkeit nicht ausführt. Sei hingegen die Abwendung eines rechtlich mißbilligten Erfolgs gefordert, so komme allein ein unechtes Unterlassungsdelikt in Betracht. Am deutlichsten ausgeprägt ist diese Unterscheidung in der Lehre von Jescheck. Er charakterisiert das unechte Unterlassungsdelikt dergestalt, daß "der den Erfolg nicht Abwendende mit Rücksicht auf seine nahe Beziehung zum gefährdeten Rechtsgut oder zur Gefahrenquelle mit der strafrechtlichen Verantwortung für den Erfolg belastet wird", während das Wesen des echten Unterlassungsdelikts darin liege, daß es eine bloße Unbotmäßigkeit gegen einen gesetzlichen Handlungsbefehl manifestiere.[6] Das unechte Unterlassungsdelikt stellt nach dieser Lehre gewissermaßen das Gegenstück zu dem

1) vgl. Dogmatik S. 206 ff. (277) und JuS 1961, 174
2) Lb. S. 202 f.
3) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn.79
4) Lb. Rdn. 1049
5) vgl. oben A
6) Lb. S. 458 und ZStW 77, 122

auf posisitives Tun zugeschnittenen Erfolgsdelikt dar, während das echte Unterlassungsdelikt als Pendant zum aktiven schlichten Tätigkeitsdelikt zu verstehen ist.[1]
Als Vertreter dieser Theorie können noch Dreher[2], Vogt[3], Gallas[4], Eb. Schmidt[5] und wohl auch Henkel[6] genannt werden. Auch die Rechtsprechung sympathisiert mit ihr.[7]

IV. Mischtheorien und weitere Meinungen

Eine weitere Meinung, die ich als "Mischtheorie" bezeichnen möchte, vermengt die Kriterien der vorgenannten Theorien miteinander. So verwendet z.B. Nagler[8] ebenso wie M.E. Mayer zugleich die Merkmale der Gebots-Verbotstheorie wie der nach Erfolg und schlichter Tätigkeit differenzierenden Meinung: "Unter unechten Unterlassungsdelikten" so Mayer, "versteht man Untätigkeiten, die also mit einem Verbot in Widerspruch und daher mit einem tatbestandsmäßigen Erfolg in Beziehung stehen."[9] Einen ähnlichen Standpunkt beziehen auch Maurach[10] und Wessels[11]. In der neuesten Literatur schließlich werden die dargelegten Meinungen in wieder anderen Abwandlungen und Ausprägungen vertreten, die aber hier nicht im einzelnen erörtert werden können und müssen, weil sie durch völlig neuartige Konzeptionen der Unterlassungsdogmatik schlechthin bedingt sind.[12]

1) Jescheck Lb. a.a.O.; vgl. auch Wessels Schwerpunkte S.115f.
2) vor § 1 B II 2 a und b
3) ZStW 63, 381 ff.
4) Niederschriften Bd. 12 S. 247
5) in: "Der Arzt im Strafrecht" S. 82 f.
6) MschrKrim 1961, 178 ff.; Mezger-Blei StudB I S. 83 f.
7) vgl. BGHSt 14, 281; 17, 172
8) GS 111, 17 ff.
9) Lb. S. 183; vgl. auch S. 190 f.
10) Lb. A.T. S. 579, 594; vgl. auch S. 615
11) Schwerpunkte S. 115
12) So will etwa Androulakis (S. 158) auf der Grundlage einer Betrachtung des konkreten Deliktsfalles für die Differenzierung auf den "ontologischen Kern der Unterlassung" abstellen. Für Schünemann (S.44) ist entscheidend, ob die "begehungsgleiche Nichtvornahme einer individuell möglichen Handlung" vorliegt - dann unechte Unterlassung, während Herzberg (Unterlassung S. 22, 33) darauf abstellen will, ob der betreffende Tatbestand sowohl durch Unterlassen als auch durch Tun zu verwirklichen ist.

V. Stellungnahme und eigener Standpunkt

Den Vorzug verdient aus unserer Sicht diejenige Abgrenzungstheorie, die für den Bereich des Ordnungsrechts die wesentlichen sachlichen Unterschiede zwischen diesem und jenem Unterlassungstypus am besten herausstellt.[1]
Dabei müssen der Zweck der Unterscheidung und deren praktische Auswirkungen die entscheidende Richtlinie abgeben.[2] Zweck der Unterscheidung kann nur sein, alle diejenigen Unterlassungsverstöße, die eine einheitliche Behandlung erheischen, unter jeweils gemeinsamen Begriffen zusammenzufassen. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung liegt, wie bereits angedeutet, in dem besonderen Erfordernis einer außertatbestandlichen "Garantenstellung" bei den unechten Unterlassungsverstößen.
Unter diesen Gesichtspunkten muß von den drei führenden Theorien zunächst die Gebots-Verbotstheorie der Ablehnung verfallen. Schon theoretisch kann bei einer Anerkennung der Gegensatzpaare Gebot-Verbot sowie Tun und Unterlassen die Unterlassung sinnvollerweise immer nur als Gebotsverletzung verstanden werden. Denn Gebot und Verbot unterscheiden sich nach dem normierten Gegenstand: Verbote fordern das Unterlassen einer Handlung, Gebote die Vornahme einer solchen. Nur so lassen sich Gebot und Verbot überhaupt als gegensätzliche Normtypen begreifen. Wenn also das rechtswidrige Verhalten beim unechten Unterlassungsdelikt tatsächlich in einem Unterlassen besteht -was füglich nicht geleugnet werden kann, ohne die Ebene des Absurden zu betreten- so kann dieses Verhalten immer nur gegen ein G e b o t verstoßen.[3]
Aus dem Blickwinkel des hier speziell zu behandelnden Ordnungsrechts spricht gegen diese Abgrenzungstheorie auch folgendes: Die Mehrzahl aller Tatbestände des Ordnungsrechts sind als sog. Blankettnormen ausgestaltet, bei denen eine eindeutige Entscheidung, ob der Tatbestand ein Gebot oder Verbot ausspricht, vielfach nur schwer oder gar nicht zu treffen ist.

1) ähnlich Schmidhäuser Lb. 16/21, der im übrigen aber eine generelle Abgrenzung der Unterlassungen strikt ablehnt.
2) Der Wert jeder Begriffsbildung wird durch die Tauglichkeit des Begriffs zur Erfüllung des ihm beigegenen Zwecks bestimmt, vgl. Arthur Kaufmann, Analogie und Natur S. 22 f.
3) so auch Schmidhäuser Lb. 16/21; Armin Kaufmann JuS 61, 174

Das ist insbesondere der Fall bei jenen Blankettatbeständen, deren Bußdrohung an Zuwiderhandlungen gegen eine Ausfüllungsnorm anknüpft, die als Zuwiderhandlung gegen bestimmte Pflichten oder als "Pflichtverletzung" beschrieben ist. Ein Beispiel hierfür bietet § 14 V KriegswaffenG, der dem Betroffenen eine Pflicht zur Duldung behördlicher Kontrollen auferlegt und ihm somit gebietet, solche Maßnahmen "über sich ergehen zu lassen"[1], während andererseits die damit korrespondierende Bußdrohung des § 18 I Nr. 6 dieses Gesetzes daran anknüpft, daß der Täter der ihm obliegenden Duldungspflicht zuwider h a n d e l t und damit offenbar auf ein V e r b o t hinweist. Möglicherweise kommt es aber auf die abstrakte Einordnung des hier fraglichen Normbefehls gar nicht an, weil es durchaus denkbar ist, daß je nach Lage des Falles entweder ein Gebot oder ein Verbot gemeint ist.[2]
Jedenfalls erscheint es nicht sinnvoll, aus dieser abstrakten Unterscheidung möglicher Normbefehle die Maßstäbe dafür zu entnehmen, ob zum Tatbestand im konkreten Falleine besondere Garantenstellung des Befehlsadressaten hinzukommen muß -unechter Unterlassungsverstoß- oder ob sein Unterlassen unmittelbar dem Tatbestand unterfällt - echter Unterlassungsverstoß.
Wie wenig sachgerecht es ist, diese Entscheidung durch den abstrakten Charakter der Norm zu präjudizieren, zeigt sich auch am Beispiel des § 13 StVO, der bestimmt, daß an Parkuhren nur gehalten werden darf während des Laufs der Uhr, was praktisch einem modifizierten V e r b o t gleichkommt. ("Darf nur" bedeutet soviel wie ein eingeschränktes "darf nicht".) Das Parken ist immer dann v e r b o t e n, wenn die Uhr nicht zugleich in Tätigkeit gesetzt wird. Wie ist es nun aber, wenn der Betroffene zunächst die Uhr in Lauf gesetzt hat, dann aber das Fahrzeug weiter stehen läßt, nachdem die Uhr bereits

1) so die Definition des "Duldens" im "Duden" Bd.10 S.177; nach Schönke-Schröder Rdn. 12 zu § 240 ist Dulden eine Unterart des Unterlassens. Ein Duldungsbefehl enthält folgimmer ein G e b o t.
2) Daß dies in der Tat so ist, wird unten III. Kap. §§ 8 u. 9 noch eingehend darzulegen sein.

abgelaufen ist. Daß dies einen Verstoß gegen die Vorschrift darstellt, kann nicht zweifelhaft sein. Nach der Gebots-Verbotstheorie läßt sich das aber nur begründen, wenn man entweder die Vorschrift nunmehr in ein Gebot umdeutet, um zu einem echten Unterlassungsverstoß zu kommen -was dem Wortlaut der Vorschrift widerspricht- oder indem man einen unechten Unterlassungsverstoß konstruiert, was Probleme hinsichtlich der Garantenstellung aufwirft, (Garantenstellung aus vorangegangenem rechtmäßigem Tun?).
In Wirklichkeit ist aber die Frage, ob hier gegen ein Verbot oder Gebot verstoßen wurde, für die Tatbestandsverwirklichung offenbar völlig belanglos. Sie kann jedenfalls nicht dafür maßgebend sein, ob die besonderen Voraussetzungen eines unechten Unterlassungsverstoßes gegeben sein müssen. Eine Abgrenzung nach diesem Gegensatzpaar ist daher nutzlos. Da das Ordnungsrecht eine Reihe weiterer derartig strukturierter Tatbestände enthält, ist die Gebots-Verbotstheorie für diese Rechtsmaterie mithin als unbrauchbar abzulehnen.
Die Entscheidung ist zu treffen zwischen der normativistischen Theorie und jener, die auf den Gegensatz von Erfolgsdelikt und schlichter Tätigkeit abstellt.
Letzterer Gegensatz ließe sich nur dann sinnvoll zum Abgrenzungsprinzip zweier gegensätzlicher Unterlassungskategorien erheben, wenn unterlassene Erfolgsabwendungen einerseits und Nichtvornahme schlichter Tätigkeiten andererseits allemal unterschiedliche Behandlungen nach unterschiedlichen Regeln erforderten. Wie ist es darum bestellt?
Geht man davon aus, daß die Bezeichnung "unechtes Unterlassungsdelikt" ein Verhalten beschreibt, bei dem ein an sich auf positives Tun zugeschnittener Tatbestand auf eine besondere Weise -eben durch ein Unterlassen-, gewissermaßen durch "getarnte Aktivität"[1] eines Garanten verwirklicht wird[2], dann ist der Eintritt eines Erfolges in der Tat ein unerläßliches Wesensmerkmal des unechten Unterlassungsdelikts. Denn wenn nicht einmal ein "zum Tatbestand gehörender Erfolg"[2] vorliegt, dann fehlt es bereits an einem geeigneten Anknüpfungspunkt

---

1) so Nagler GS 111 S. 19
2) vgl. §§ 8 OWiG, 13 StGB : "Begehen durch Unterlassen"

für eine Bewertung des Unterlassens nach einem Begehungstatbestand. Es werden also im Grunde unter der Bezeichnung "unechtes Unterlassungsdelikt" nur bestimmte Unterlassungsfälle zusammengefaßt, in denen der "Täter" mit der Haftung für einen Erfolg beschwert wird, den abzuwenden er verpflichtet war, wobei die Haftungsgrundlage sich aus den Garantenregeln ergibt.[1] Und diese Unterlassungsfälle müssen in der Tat auch nach einheitlichen Regeln beurteilt werden.
Demgegenüber müßten die echten Unterlassungsverstöße, soll die in Rede stehende Unterscheidungstheorie sinnvoll sein, sich ausnahmslos durch das Fehlen eines Erfolges auszeichnen und daher eine andere Regelung erheischen. Dies ist nun aber schon im Hinblick auf die anerkannten Musterbeispiele der strafrechtlichen echten Unterlassungsdelikte, der §§ 138 und 330c StGB sehr zweifelhaft. Bei § 330c etwa spricht vieles dafür, mit H. Mayer[2], Armin Kaufmann[3] und Schröder[4] vom Normadressaten nicht nur irgendeine helfende Tätigkeit, sondern "rettende Hilfe" zu verlangen, soweit ihm dies möglich ist. Bei § 138 schuldet der Anzeigepflichtige nicht lediglich eine auf Benachrichtigung abzielende Tätigkeit, sondern er muß das drohende Verbrechen der Behörde immerhin zur Kenntnis bringen.

Im Ordnungsrecht nun finden sich aber viele Tatbestände, die ihrem Wortlaut nach auf ein Unterlassen angelegt sind, aber gleichwohl ausdrücklich eine Erfolgshaftung normieren. § 84 I Nr. 1 BLG etwa auferlegt bestimmten Personen gewisse Leistungspflichten und droht für den Fall des Nichtbewirkens der Leistung -also des Unterlassens einer Erfolgsbewirkung- ein Bußgeld an. Deutlich nach dem Prinzip der Erfolgshaftung konstruiert sind auch mehrere Tatbestände der StVO. Nach § 32 StVO ist es z.B. verboten, Gegenstände auf Straßen zu bringen oder dort l i e g e n z u l a s s e n, wenn dadurch der Verkehr gefährdet oder erschwert werden kann. Der Handlungsbefehl geht hier also dahin, den verkehrswidrigen und

1) Jescheck Lb. S. 460, 475
2) Lb. S. 119
3) Dogmatik S. 208 f.
4) Schönke-Schröder § 330c Rdn. 17

und abstrakt gefährlichen Zustand zu beseitigen - eine offensichtlich erfolgsbestimmte Tätigkeit.[1] Gem. § 33 I S.2 AWG handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 13 dieses Gesetzes einem "Erwerber eine Verwendungsbeschränkung nicht mitteilt und dadurch bewirkt, daß die Ware entgegen der Beschränkung verwendet wird." Es handelt sich um einen Unterlassungsverstoß mit Erfolgshaftung, ebenso wie bei § 33 IV Nr. 4 AWG, wonach ordnungswidrig handelt, wer die Nachprüfung von Umständen ..... dadurch erschwert oder verhindert, daß er Bücher oder Aufzeichnungen ..... pflichtwidrig nicht ordentlich führt.

In allen angeführten Beispieltatbeständen beschreibt deren Wortlaut ausdrücklich ein Unterlassen. Es ist nicht einzusehen, daß diese Unterlassungsverstöße allein deshalb den Charakter der Unechtheit tragen sollten, weil der Tatbestand den Eintritt eines Erfolgs voraussetzt. Welchen Sinn sollte dann die Bezeichnung unecht haben? Auch leuchtet nicht ein, daß für diese gesetzlich ausdrücklich geregelten Unterlassungsverstöße zur Tatbestandsverwirklichung das -bei den unechten Unterlassungsdelikten obligatorische- Erfordernis einer zusätzlichen, außerhalb des Tatbestandes liegenden Garantenstellung erfüllt sein müßte.[2]

Damit erweist sich auch diese Abgrenzungstheorie jedenfalls für die Materie des Ordnungsrechts als ungeeignet.

Gegen sie spricht weiter auch, daß sie dazu verleitet, den Gegensatz zwischen Erfolgsabwendung und schlichter Tätigkeit mit dem Gegensatzpaar Erfolgs d e l i k t - s c h l i c h t e s Tätigkeits d e l i k t gleichzusetzen, wie es vielfach auch tatsächlich geschieht.[3] Damit wird ein Vorgriff auf den Geltungsbereich der beiden letzteren Rechtsfiguren getan, der vom Zweck der Unterscheidung nicht geboten ist. So werden

---

1) dazu, daß insoweit ein tatbestandsmäßiger "Erfolg" im Sinne eines unechten Unterlassungsverstoßen vorliegt, vgl. unten II. Kap. § 6 B II. 3

2) womit nichts darüber gesagt ist, ob nicht der Tatbestand eine Garantenstellung bereits selbst enthält (s.u. III . Kap. § 8 A)

3) so z. B. bei Jescheck Lb. S. 458

z. B. alle schlichten Tätigkeitsdelikte von einer Begehung durch unechtes Unterlassen ausgeschlossen, obwohl zumindest theoretisch die Möglichkeit, auch einem schlichten Tätigkeitsdelikt u.U. einen tatbestandsmäßigen Erfolg zuzuordnen, nicht von der Hand zu weisen ist.Daß dies tatsächlich nicht selten der Fall ist, wird unten noch näher darzulegen sein.

Nach alledem muß das Erfordernis eines tatbestandsmäßigen Unrechtserfolgs zwar als ein unerläßliches Tatbestandsmerkmal des unechten Unterlassungsverstoßes anerkannt werden, jedoch besitzt es keine Differenzierungsqualität im Verhältnis zu den echten Unterlassungsverstößen. Vielmehr werden die eigentlichen Sachunterschiede durch diese Abgrenzung nur verdunkelt. Diese vermag allein die -in der ordnungsrechtlichen Literatur wohl vorherrschende- normativistische Theorie klar hervorzuheben. Indem sie danach differenziert, ob die Strafbarkeit der Unterlassung sich unmittelbar aus dem gesetzlichen Tatbestand ergibt, oder ob es dazu einer "Transformierung" des Tatbestandes durch eine Gleichstellung an Hand der Garantenregeln -eines richterlichen Wertungsaktes- bedarf, trägt sie allein dem praktisch bedeutsamsten Unterschied Rechnung. Dieser besteht in der speziellen rechtsstaatlichen Problematik der Gleichstellung der unechten Unterlassung mit dem aktiven Tun eines entsprechenden Begehungstatbestandes.
Als unecht sind daher nur diejenigen Unterlassungsverstöße zu bezeichnen, in denen dieses Gleichstellungsproblem nicht vom Gesetz selbst gelöst ist.[1] Der Unterschied liegt mithin ausschließlich im normativen Bereich. Strukturelle Unterschiede bestehen nicht. Insbesondere wird auch ein echter Unterlassungstatbestand, der schon nach seiner ausdrücklichen Tatbestandsfassung nur einen begrenzten Kreis von tauglichen "Tätern" -und zwar solchen mit den Eigenschaften eines Garanten- vorsieht, nicht schon deshalb zum "unechten" Unterlassungsdelikt.[2]

---

1) Armin Kaufmann Dogmatik S. 277; ähnlich jetzt auch Nickel S. 12

2) Solche Tatbestände sind im Strafrecht selten, im Ordnungsrecht hingegen sehr häufig. Zum Garantenprinzip bei den echten Unterlassungsverstößen wird im folgenden noch eingehend Stellung genommen werden.

Andererseits müssen auch jene Tatbestände, die ihrem Wortlaut nach als Begehungstatbestände ausgestaltet sind, deren Normbefehl sich aber nur an Adressaten mit Garantenqualifikation richtet, als echte Unterlassungsverstöße aufgefaßt werden, sofern sie durch ein Unterlassen verwirklicht werden. Es gibt nämlich, wie die weitere Untersuchung zeigen wird, besonders im Ordnungsrecht sehr viele Tatbestände, bei denen das Gleichstellungsproblem durch Beschränkung des Adressatenkreises auf bestimmte sonderpflichtige Personen schon vom Gesetz selbst gelöst ist. Bei diesen Tatbeständen ergibt sich -auch wenn sie auf den ersten Blick als Begehungstatbestände erscheinen- die Ordnungswidrigkeit des Unterlassens ebenfalls unmittelbar aus dem Tatbestand.
Solche Tatbestände könnte man, da sie sowohl durch Unterlassen als auch durch Tun unmittelbar verwirklicht werden können, als "gemischte Tatbestände" bezeichnen.
Diese Tatbestände zu lokalisieren und zu analysieren wird Aufgabe der weiteren Untersuchungen sein.

II. Kapitel Die Gleichstellungsproblematik bei den unechten Unterlassungsverstößen

Wir wenden uns nunmehr der Detailproblematik bei den beiden Grundformen der Unterlassungsverstöße zu. Hierbei ist es geboten, mit den unechten Unterlassungen zu beginnen, weil die am unechten Unterlassungsdelikt entwickelten Garantenregeln, wie die weitere Untersuchung zeigen wird, im Bereich des Ordnungsrechts auch für die echten Unterlassungsverstöße Bedeutung erlangen. Diese Andeutung mag vorerst genügen. Jedenfalls ist es erforderlich, die Grundsätze der Garantenhaftung an ihrem spezifischen Standort, d.h. im Zusammenhang mit der unechten Unterlassung zu durchleuchten.

Das Gleichstellungsproblem besteht bei der unechten Unterlassung zunächst darin, Maßstäbe zu finden, nach denen ein Unterlassen einem primär auf positives Tun zugeschnittenen Tatbestand subsumiert werden kann. Auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit der in der Strafrechtsliteratur vertretenen Gegenmeinung , die das Wesen der unechten Unterlassung nicht als die Verwirklichung eines Begehungstatbestandes, sondern als Verstoß gegen einen -vom gesetzlichen Tatbestand verschiedenen- speziellen "Garantengebotstatbestand" begreift und daher das unechte Unterlassungsdelikt als ein "Delikt sui generis" ansieht[1], kann hier verzichtet werden. Einmal ergibt sich aus dieser Auffassung im Hinblick auf die Gleichstellungsproblematik für die praktische Rechtsanwendung nichts wesentlich anderes. Zum anderen erscheint diese Lehre heute, von prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken, die erst kürzlich Herzberg wieder betont hat[2], abgesehen, unter der Geltung der §§ 8 OWiG, 13 StGB nicht mehr haltbar. Denn beide Gesetze gehen offenbar von einem Wesen der unechten Unterlassung als einem "Begehen durch Unterlassen"[3] aus. Damit ist der Theorienstreit heute praktisch gesetzlich entschieden.

1) vgl. Armin Kaufmann, Dogmatik S. 251 ff., JuS 1961, 175 ff. und Grünwald Diss. S. 60 ff, ZStW 70, 412
2) Unterlassung S. 33
3) so der Titel beider Vorschriften im Wortlaut

Dies läßt sich auch mit dem Text beider Vorschriften belegen: Wenn beide einen zum Tatbestand einer Straf-bzw. Bußgeldvorschrift gehörenden Erfolg" erfordern, so ist damit eindeutig auf den gesetzlichen Tatbestand des entsprechenden Begehungsdelikts Bezug genommen, so daß von einem "Delikt sui generis" neben dem gesetzlichen Tatbestand nicht mehr die Rede sein kann.

Ausgangspunkt für die folgende Erörterung der Gleichstellungsproblematik ist folgender Gedanke: Soll der Unterlasser wie ein den tatbestandsmäßigen Erfolg aktiv verursachender Täter verantwortlich sein, so muß das Unterlassen in allen Punkten ein gleiches Unrecht realisieren wie die entsprechende aktive Tatbestandsverwirklichung. Dadurch sind zwei Fragen aufgeworfen: Zum einen erweist sich der betreffende Begehungstatbestand als ergänzungsbedürftig, weil er keine Bestimmung darüber enthält, wodurch die Beziehung zwischen Unterlasser und Unrechtserfolg hergestellt wird, da es hier an einer echten Erfolgsverursachung fehlt. Zum anderen fragt es sich, wie es sich um einen etwaigen besonderen Handlungsunwert des Begehungstatbestandes oder auch um seinen generellen sozialethischen Unwertgehalt im Falle einer Begehung durch Unterlassen verhält. Darum geht es im folgenden.

§ 4 Das Garantenprinzip als Gleichstellungsgrundlage

A) Übersicht über die einzelnen Garantieverhältnisse

Statt durch das Element der Kausalität wird beim unechten Unterlassen die Beziehung zwischen Täter und Unrechtserfolg durch die sog. "Garantenpflicht" hergestellt, aufgrund deren der Unterlasser "rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt".[1] Wendet der Garant den gesetzlich mißbilligten Erfolg entgegen seiner Pflicht nicht ab, obwohl er dies könnte, so wird ihm dieser wie ein von ihm verursachter Erfolg zugerechnet. Die Garantenstellung, aus der die Erfolgsabwendungspflicht entspringt, bildet also die entscheidende Gleichstellungsgrundlage für das unechte Unterlassen.[2]

1) so der Text der §§ 8 OWiG, 13 StGB
2) vgl. Gallas, Niederschriften Bd. 12 S. 80; Rudolphi S. 63; Welp S. 18; Herzberg S. 66 f.; Schünemann S. 279 f.; Dreher, Niederschriften, Bd.12 S. 98; Jescheck Lb. S. 470

Die wichtigste, auch in der Strafrechtswissenschaft noch immer nicht endgültig gelöste Frage ist nun, nach welchen Kriterien derartige Garantenstellungen zu konstituieren sind. Auch durch die neuen Vorschriften der §§ 8 OWiG, 13 StGB wird dieses Problem nicht gelöst, sondern lediglich neu ins Bewußtsein gehoben.[1]
Es würde über den Rahmen dieser Arbeit weit hinausgehen, wollten wir hier die Lösung dieser grundlegenden Problematik in Angriff nehmen. Das ist auch nicht notwendig, denn im Prinzip können die bisher in der Strafrechtslehre anerkannten und verwendeten Erkenntnisse ohne weiteres auf die Zuwiderhandlungen des Ordnungsrechts übertragen werden.[2] Unser Hauptaugenmerk muß deshalb der Darlegung der einzelnen Garantenpositionen unter dem Aspekt typischer Eigenheiten von Ordnungstatbeständen gelten. Dazu ist es aber unerläßlich, zunächst den bisherigen Erkenntnisstand der Strafrechtswissenschaft zu dieser Problematik wenigstens in den Umrissen darzulegen.

I. Die klassische Lehre: Einteilung nach Rechtsquellen

Absolut vorherrschend war lange Zeit die Auffassung, Garantiepositionen könnten sich aus drei bestimmten Entstehungsgründen ergeben, nämlich aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenem gefährdendem Tun.[3] Die Enge dieses positivistischen Ansatzes führte jedoch bald zu überspitzten Rechtspflichtkonstruktionen. So spricht etwa Maurach[4] mit Recht vom "vielstrapazierten § 1353 BGB", der zur Konstruktion nahezu aller im Kreise der Familie, Ehe und des Hausstandes denkbaren Unterlassungsdelikte herhalten mußte. Diese Einteilung wurde daher um eine vierte Gruppe erweitert, welche die Fälle "enger Lebensgemeinschaft" bzw. "typischer Treueverhältnisse" betraf.[5]

---

1) übereinstimmend Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 144
2) so auch Cramer Grundbegriffe 13/26 ff.
3) Nachweise bei Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 102 ff.
4) A. T. S. 605
5) Grundlegend RGSt 66, 71 ff., 69, 321 ff.; vgl. ferner Baumann Lb. S. 240 ff.; Maurach A.T. S. 607 ff.; Kohlrausch-Lange, Vorbem. B II 3 vor § 1; Mezger-Blei StudB I S. 93

Aber auch diese, insbesondere auch in der ordnungsrechtlichen Literatur stark vertretene Viergruppen-Einteilung[1] vermag dogmatisch nicht zu überzeugen. Die schematische Ableitung der Garantenpflichten aus einer dieser Fallgruppen liefert vielfach nur einen formalen Beleg, nicht aber eine materielle Begründung für die gesuchte Garantenstellung. Sie dient lediglich dazu, die rechtsquellenmäßige Legitimation der Garantenstellungen darzutun, vermag aber i n h a l t l i c h e Kriterien für die Bildung und Gliederung der Garantengruppen nicht an die Hand zu geben.[2] Das tritt insbesondere bei der Rechtspflicht aus Vertrag an den von der Rspr. entschiedenen Fällen der Brandstiftung durch Unterlassen sehr deutlich hervor. In Bezug auf die Tatbestände der §§ 306 ff. StGB soll sich nach der Auffassung des Reichsgerichts eine Rechtspflicht zur Abwendung des Feuers aus dem Versicherungsvertrag ergeben.[3] Das ist offensichtlich falsch, denn der Versicherungsvertrag hat mit dem Schutzgut der Brandstiftungstatbestände nichts zu tun. Er auferlegt dem Versicherungsnehmer nur eine Obliegenheit gegen sich selbst, deren Verletzung allenfalls zum Verlust seiner Versicherungsansprüche führt, ihn aber nicht zum Garanten für das Schutzgut der §§ 306 ff. StGB macht. Diese "anachronistische, auf dem Irrtum des Rechtspflichtdogmas errichtete Aufgliederung"[4] der Garantenpositionen ist daher abzulehnen.

II. Die moderne Lehre: Einteilung in Überwachungs - und Schutzpositionen

Sinnvoller erscheint es, sich bei der Bildung der Garantengruppen an materiellen Zuordnungs- und Differenzierungsmerkmalen zu orientieren und zwar unter Hervorhebung ihres jeweils spezifischen rechtlichen Gehalts.[5] Ein materielles und dogmatisch überzeugendes Grundmuster dazu liefert die im Vordringen befindliche moderne Lehre, wonach alle Garantenpositionen auf zwei, nach materiellen Gesichtspunkten

1) vgl. etwa Bode S. 22; Rebmann-Roth-Hermann Bem. 7 zu § 1; ferner auch Mühlhaus, Kommentar Einf. B I 1 e
2) Henkel, MschrKrim 1961 S. 185
3) so RGSt 64, 277
4) Herzberg Unterlassung S. 316
5) Henkel a.a.O. S. 189

unterschiedene Grundtypen zurückzuführens sind, innerhalb derer spezielle Fallgruppen gebildet werden.
Als Grundtypen stehen sich gegenüber einerseits jene Garantenstellungen, deren Schutzfunktion sich auf ganz bestimmte R e c h t s g ü t e r erstreckt, welche dem Garanten gewissermaßen anvertraut sind und andererseits solche, die dem Garanten die Ü b e r w a c h u n g und Beaufsichtigung einer Gefahrenquelle auferlegen. Diese Einteilung beruht auf dem Grundgedanken, daß die Garantenverantwortlichkeit weniger an dem Nachweis einer formellen, außertatbestandlichen Rechtspflicht, als vielmehr an dem Erfordernis einer sozialen Sonderverantwortung zu messen sei.[1]
Freilich dürfen über der materiellen Betrachtungsweise die Entstehungsgründe der einzelnen Garantenpositionen und ihre rechtlichen Grundlagen nicht aus den Augen verloren werden, weil sonst die Gefahr einer uferlosen Ausweitung bestünde.[2]
Eine Verbindung materieller und formeller Gesichtspunkte, wie sie etwa von Geilen[3] und Stree[4] für notwendig erachtet wird, erscheint als die sinnvollste Lösung. So lange aber eine solche Lösung noch nicht überzeugend gelungen ist, muß jedenfalls die Einteilung nach materiellen Gesichtspunkten der formellen Rechtspflichtlehre vorgezogen werden. In der Strafrechtslehre kann erstere Auffassung wohl als die heute schon vorherrschende bezeichnet werden.[5]
Wenden wir uns nun dem ersten Grundtypus der nach dieser Lehre bestehenden Garantiepositionen zu. Er ist dadurch gekennzeichnet, daß die Garantenstellung sich auf e i n bestimmtes Rechtsgut -Individual - oder Kollektivrechtsgut- erstreckt. Kraft dieser S c h u t z position ist hier der Garant gleichsam "auf Posten gestellt", dergestalt, daß er das ihm anvertraute Rechtsgut gegen jedwede Beeinträchtigung, von wem und aus welcher Richtung auch immer, in einer Art

1) vgl. Rudolphi S. 103; Herzberg Unterlassung S. 316, 336
2) so Stree, H. Mayer-Festschr. S. 147; vgl. auch Jescheck Lb. S. 471
3) FamRZ 1964, 390
4) a.a.O. S. 146 f.
5) Angeführt von Armin Kaufmann, Dogmatik S. 283 f., Henkel MschrKrim 1961, 190 und Schröder, Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 102-107; ferner u.a. Jescheck Lb. S. 470 f. m.w.N.

"Rundumverteidigung" zu schützen hat.
Dadurch ist freilich nicht ausgeschlossen, den Umfang der Schutzpflichten z.B. durch Absprachen zwischen dem Garanten und dem Rechtsgutträger in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht zu begrenzen.[1] Für den so zu Schutz und Fürsorge Verpflichteten bietet sich die Bezeichnung "Schutzgarant"[2] oder auch "Beschützergarant"[3] an.
Als spezielle Fallgruppe einer Beschützergarantie ist mit Henkel[3] an erster Stelle die Garantenposition aus natürlicher Verbundenheit zwischen zwei Personen (Ehegatte, Eltern-Kinder, Geschwister usw.) zu nennen. Z. T. werden konkurrierend mit dem Merkmal der natürlichen Verbundenheit besondere Rechtssätze wie etwa §§ 1353, 1601, 1626, 1631, 1705, 1793 BGB herangezogen.[4]
Eine zweite Untergruppe bilden die Fälle der Garantenstellung kraft Gewährsübernahme,[5] in denen der Garant sich "auf Posten stellen läßt", sei es für einen bestimmten Einzelfall (z.B. als Blindenführer), sei es, daß er eine Stellung oder ein Amt übernimmt, mit der solche Schutzpflichten verbunden sind, wie z.B. das Amt des Bademeisters, Polizisten, Kapitäns oder die Stellung der Feuerwehrleute, Ärzte, Krankenschwestern usw. Man könnte insoweit auch von Garantenstellungen kraft beruflicher Sonderverantwortung sprechen.[6]
Eine weitere Untergruppe bilden sodann die Garantiepositionen aus Gemeinschaftsverhältnissen (Hausgemeinschaft, Betriebsgemeinschaft, besondere Gefahrengemeinschaft), bei denen jedoch besonders sorgfältig zu prüfen ist, ob tatsächlich ein ausdrücklich oder stillschweigend begründeter Gemeinschaftszweck

1) Darauf weisen besonders Rudolphi, S. 102 und Herzberg, Unterlassung S. 335 hin.
2) so Rudolphi S. 102
3) so die ständige Terminologie bei Herzberg, Unterlassung
4) vgl. Wessels Schwerpunkte S. 120
5) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 104; Stree, H. Mayer-Festschr. S. 145 f.
6) Herzberg, Unterlassung S. 356; Böhm S. 70 ff.; es ist allerdings zweifelhaft, ob man nicht die Fälle der Obhutsübernahme der zur zweiten Oberabteilung gehörenden Gruppe der Ingerenz (=vorangegangenes gefährdendes Tun) zuweisen muß; so z.B. Stree, H. Mayer-Festschr. S. 145

dahin besteht, daß das Mitglied zum Schutz der anderen in einem jeweils begrenzten Güterschutzbereich berufen und verpflichtet sein soll.[1] (Dies wäre z.B. beim Zusammenschluß zum Zwecke gefährlicher Unternehmungen wie Bergtouren oder Expeditionen zu bejahen, nicht aber bei sog. "Zufallsgemeinschaften wie z.B. Zechkumpanen).[2]

Problematischer ist die zweite "Sammelgruppe"[3]. Hier ist der tragende Gedanke der, daß der Garant rechtlich verpflichtet ist, eine in seinen Herrschaftsbereich fallende Gefahrenquelle so zu überwachen, daß aus ihr keine Beeinträchtigungen fremder Rechtsgüter entstehen. Der Schutzbereich des Rechtsgutes wird hier lediglich dadurch begrenzt, daß die Gefahrenquelle faktisch nur dieses oder jenes Lebensgut bedroht, hinsichtlich der Rechtsgutträger aber besteht keine Begrenzung, so daß der Garant zu einer Art Rundum s c h u t z aufgerufen ist gegenüber jedweder Gefahr aus dieser Gefahrenquelle.[4] Er hat a l l e fremder Rechtsgüter gegenüber a l l e n aus "seiner" Gefahrenquelle entspringenden Bedrohungen -aber auch nur diesen gegenüber- zu schützen. Man kann ihn daher als "Gefahrenquellengaranten" oder mit Herzberg[5] als "Überwachungsgaranten" bezeichnen.

Verantwortlichkeit in diesem Sinne besteht zunächst für die eigene gefahrschaffende Aktivität (Ingerenz).[6]

Als zweite Gruppe nennt Schröder[7] Handlungspflichten aus der Verantwortung für bestimmte, in den eigenen Zuständigkeitsbereich fallende Gefahrenquellen. Wer Eigentümer oder Besitzer von Sachen, Anlagen oder Maschinen ist oder wer Tiere hält, ist verpflichtet, die von diesen ausgehenden Gefahren zu kontrollieren.

1) vgl. Henkel a.a.O.
2) so Wessels Schwerpunkte; (man könnte insoweit freilich auch an einen besonderen Anwendungsfall der Gewährsübernahme denken)
3) Terminus von Henkel a.a.O.
4) Henkel a.a.O. S. 190
5) ständige Terminologie in: "Unterlassung"
6) Nach überwiegender Meinung handelt es sich hierbei um eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Garantenstellung (vgl. z.B. Granderath m.w.N.), völlig ablehnend neuerdings aber Schünemann, mit Einschränkungen auch Pfleiderer, S. 186.
7) vor § 1 Rdn. 124

Typische Überwachungsgaranten sind danach etwa der Kraftfahrzeughalter und der Tierhalter -oder Aufseher.[1]
Eng verbunden mit dieser Fallgruppe sind die Garantenpflichten aus Verkehrssicherungspflicht, wonach jedermann für den gefahrlosen Zustand der von ihm beherrschten, dem allgemeinen menschlichen Verkehr zugänglichen Verkehrsflächen einzustehen hat, so etwa ein Hauseigentümer für den Hausflur -und eingang, der Kaufhausbesitzer und Gastwirt für alle dem allgemeinen Verkehr zugänglichen Flächen und Räume.
Es handelt sich insoweit allerdings um eine in der Strafrechtsliteratur sehr streitige Fallgruppe. Die dazu vertretenen Meinungen können jedoch hier im Detail nicht erörtert werden.[2] M.E. bildet der aus dem Polizeirecht geläufige Gedanke der Zustandshaftung jedenfalls hinsichtlich der im Ordnungsrecht als Haftungssubstrat in Betracht zu ziehenden Ordnungsstörungen (als tatbestandsmäßige Unrechtserfolge) eine tragfähige Grundlage für diese Art von Garantenpflichten.
Aus dem gleichen Grundgedanken trifft auch den Herrschaftsinhaber über Anlagen und Räume die Pflicht, dafür zu sorgen, daß in dem von ihm zu überwachenden Herrschaftsbereich keine Straftaten begangen werden.[3]
Diesen Grundsatz wird man auf die Begehung von Ordnungswidrigkeiten sowie allgemein auf die Pflicht zur Verhinderung von gesetzwidrigen Zuständen im eigenen Herrschaftskreis ausdehnen müssen.
In engem Zusammenhang mit letzterer Fallgruppe sieht Schröder[4] schließlich noch die Fälle der "Verantwortung für fremdes Handeln", die sich aus Autoritäts -oder Aufsichtsverhältnissen ergeben kann. Eltern und Erzieher sowie sonstige vertraglich bestellte Aufsichtspersonen wie z.B. Pfleger von Geisteskranken haben dafür Sorge zu tragen, daß die ihnen unterstehenden Personen keine Straftaten bzw. Ordnungswidrkeiten

1) vgl. Henkel a.a.O. S. 190
2) zustimmend insbes. Herzberg, Unterlassung S. 316 f. und Schünemann, S. 281 ff.; ablehnend Welp, S. 262.Die Rspr. hat schon früh auf den Gedanken der Zustandshaftung zur Begründung einer Garantenstellung retiriert, s.RGSt 14,362.
3) Henkel a.a.O.S. 191; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn.124,128;
4) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 132

begehen.[1] Umstritten ist freilich der Kreis der von der Aufsichtspflicht erfaßten Personen im einzelnen. Im Verhältnis Eltern-Kinder wird man nach der nunmehr auf 18 Jahre herabgesetzten Volljährigkeitsgrenze dort die Grenze auch für die straf - und ordnungsrechtliche Haftung der Eltern ziehen müssen. Wird der 18jährige zivilrechtlich als mündig angesehen, so läßt sich sein straf-oder ordnungsrechtlich relevantes Handeln schwerlich noch den Eltern zurechnen.
Abzulehnen ist aber die Rechtsprechung, wonach auch im Verhältnis zwischen Ehegatten eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten -Zuwiderhandlungen- bestehen soll.[2] Eine derartige Mithaftung des Ehepartners für das vom andern verwirklichte Unrecht widerspricht dem Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit der Ehegatten. Sie läuft im Ergebnis auf nichts anderes als eine Sippenhaftung hinaus, die dem geltenden Recht nicht erst seit kurzem fremd ist.[3]
Eine letzte -an sich naheliegende- jedoch erst vor kurzem entdeckte Fallgruppe der Überwachungsgarantie ist von Welp[4] und Herzberg[5] akzentuiert herausgearbeitet worden, nämlich die Verantwortlichkeit für den eigenen Körper. Der Mensch bildet schon durch seine bloße körperliche Existenz eine potentielle Gefahrenquelle für fremde Rechtsgüter. Er steht, wie Herzberg lehrt, "gewissermaßen im Zentrum eines Herrschaftskreises, der zugleich die Sphäre der sozialen Verantwortung ist..... Je mehr man sich dem Zentrum nähert, desto selbstverständlicher wird auch die Garantenstellung. Und das innerste Zentrum bildet nun ohne Frage die Person selbst in ihrer Einheit von Leib und Seele".[6]

1) vgl. Wessels Schwerpunkte S. 120
2) so z.B. BGHSt 6, 323; BGH NJW 1953, 591; OLG Bremen NJW 1957, 73;
3) vgl. die Kritik bei Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 134; Böhm, JuS 1961, 181; Herzberg Unterlassung S. 321; Schünemann S. 232.
4) Er spricht im Hinblick auf das unbefugte Verweilen in fremden Räumen unter dem Aspekt des § 123 StGB vom Täter als "Garanten über sich selbst" (Diss. S. 154).
5) Unterlassung S. 172 f.
6) a.a.O.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt auch Schünemann auf dem Boden seiner neuen Garantenlehre, die sich maßgeblich von dem Kriterium einer "Herrschaft über den Grund des Erfolgs" leiten läßt.[1]

Damit sind die einzelnen Garantenpositionen nach materialen Gesichtspunkten umrißhaft skizziert. Das mag als Grundlage für die weitere Darstellung genügen. Hinsichtlich der hier ausgesparten zahlreichen weiteren, um die Garantenposition sich rankenden Einzelprobleme muß auf die strafrechtliche Literatur verwiesen werden.

1) Als Beispiel bringt er eine vom Brechreiz geplagte Person, die bei Meidung einer Strafe nach § 303 StGB verpflichtet ist, fremde Sachen vor einem sich daraus realisierenden Schaden zu bewahren, s. S. 240.

§ 5 Zum Erfordernis einer psychologischen und sozialethischen Gleichwertigkeit bei unechten Unterlassungsverstößen

Mit dem Garantengedanken wurde der entscheidende Gleichstellungsgesichtspunkt dargelegt. Nach der klassischen Strafrechtsdogmatik ist mit der Bejahung einer Garantenstellung zugleich auch immer das Gleichstellungsproblem gelöst.
Im neueren Schrifttum wird nun aber vielfach die Meinung vertreten, es bedürfe in jedem Fall einer zusätzlichen besonderen Gleichwertigkeitsprüfung, weil die Unterlassung in ihrem psychologischen und sozialethischen Unwertgehalt regelmäßig hinter einer entsprechenden Begehung zurückbleibe[1]. So führt insbesondere Arthur Kaufmann[2] aus, daß neben dem Vorliegen einer Garantenstellung stets noch zu prüfen sei, ob die konkret unterlassene Erfolgsabwendung bei Würdigung aller Umstände des Falles dem Normalfall des erfolgsverursachenden tatbestandlichen Tuns im kriminellen Gehalt gleichwertig sei. Hier sei der eigentliche Sitz des Gleichwertigkeitsproblems. Auch Henkel[3] verlangt für jeden konkreten Unterlassungsfall einen individuellen Wertungsakt des Richters, aufgrund dessen erst das letzte Wort über die Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens gesprochen werden könne. Ebenso fordert Androulakis in jedem Fall eine besondere Prüfung dahin, ob die Unterlassung in concreto den gleichen Unrechtsgehalt und die gleiche Strafwürdigkeit aufweise wie das aktive Tun, wobei er über die Frage der Strafwürdigkeit an Hand genereller Erwägungen entscheiden will.[4] Die entscheidenden Maßstäbe hierfür glaubt er "den Gegebenheiten der Gegenwart" entnehmen zu können, nämlich dem "jeweils vorherrschenden weltanschaulichen, politischen und sozialen Klima".[5]
Auch die Redaktoren des E 62 vertraten die Forderung nach einer besonderen Gleichwertigkeitsprüfung."Zur Strafbarkeit einer Unterlassungstat", so heißt es dort in der offiziellen

1) so die off. Begründung zu § 13 E 62, S. 124
2) JuS 1964, 153
3) MschrKrim 1961, 188
4) S. 219 ff. (220)
5) Androulakis a.a.O.

Begründung, "gehört neben der aus der Garantenstellung fließenden Erfolgsabwendungspflicht ferner, daß das Verhalten des Unterlassenden den Umständen nach der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun gleichwertig ist."[1]
Alle dargelegten Ansichten verfolgen im Grunde ein berechtigtes Anliegen. Dennoch sind sie allesamt in ihrer konkret dargebotenen Ausformung abzulehnen. Erforderlich und geboten ist eine besondere Gleichwertigkeitsprüfung immer dann, wenn der Tatbestand einen besonderen Handlungsunwert enthält, der im Falle einer Unterlassensbegehung verlorengeht. Aber diese spezifische Gleistellungsproblematik tritt keiner der dargelegten Meinungen deutlich genug zutage. Sie alle stellen lediglich auf den allgemein geringeren kriminellen Gehalt einer Unterlassung gegenüber einem Tun ab. An diesem Gedanken mag etwas Richtiges sein. Aber das ist kein Problem der Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung, sondern ein Problem der Schuld bzw. der Straf -und Bußzumessung.
Die Einwände, die im übrigen gegen die dargelegten Theorien vorgebracht werden, sollen hier nicht lückenlos referiert werden. Nur die wichtigsten seien zur Absicherung des hier eingenommenen Standpunktes erwähnt: der gewichtigste Einwand ist meines Erachtens der, daß die praktische Durchführung einer solchen Gleichwertigkeitsformel einem Verzicht auf rationale, nachprüfbare Rechtsanwendung gleichkäme, die mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG kaum vereinbar wäre und letztlich sogar zu einem Fallrecht führen müßte. Denn es hätte dann der Richter nach nicht verifizierbaren Maßstäben darüber zu befinden, ob die Unterlassung im konkreten Fall die Strafwürdigkeit einer Begehung erreicht oder nicht.[2]
Ein solcher Verzicht auf rechtsstaatliche Prinzipien kann nicht hingenommen werden.
Gegen eine solche mehr oder weniger irrationale allgemeine Gleichwertigkeitsprüfung spricht ferner insbesondere auch der

1) offizielle Begründung zu § 13 E 62, S. 125
2) so auch Schünemann, S. 177 und Rudolphi, S. 57, 60; vgl. ferner Jescheck Lb. S. 488

Umstand, daß dadurch der Blick für die zuvor angedeutete, eigentliche Gleichwertigkeitsproblematik nur verschleiert wird, nämlich für die Frage, ob die konkrete Unterlassung auch den speziellen H a n d l u n g s u n w e r t bestimmter tatcharakteristischer Merkmale des betreffenden Begehungstatbestandes aufweist.[1]

Diese Frage ist ein Problem der Auslegung des jeweiligen Begehungstatbestandes und damit aber ein Problem des Besonderen, nicht des Allgemeinen Teils der Deliktsvoraussetzungen.[2] Denn es taucht nur auf, wenn der Begehungstatbestand neben der Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs eine ganz bestimmte Art und Weise des Handlungsvollzugs voraussetzt. Steht hingegen allein die einfache Nichtabwendung eines -auf beliebige Weise zu bewirkenden- Erfolgs in Frage, so wird der Mangel der aktiven Verursachung durch die Mißachtung der Garantenpflicht vollkommen aufgewogen.[3] In diesem Sinne sind übrigens auch die sog. "Entsprechensklauseln" der neugeschaffenen §§ 8 OwiG, 13 StGB zu verstehen, was an späterer Stelle noch ausführlich darzulegen sein wird. Auch diese Vorschriften fordern jedenfalls keineswegs eine allgemeine Gleichwertigkeitsprüfung im Sinne der dargelegten Theorien.[4] Da es sich bei dieser echten Gleichwertigkeitsproblematik, wie bereits festgestellt, um Auslegungsfragen der einzelnen Tatbestände handelt, ist sie in diesem Zusammenhang nicht weiter zu vertiefen.[5]

1) so auch Nickel S. 90
2) übereinstimmend Roxin, JuS 1973, 198; näher dazu unten 3. Abschn. § 12 C II 2 a
3) vgl. Gallas, Niederschriften Bd. 12 S. 80
4) derselbe a.a.O.
5) Eingehend dazu unten 3. Abschn. § 12 C II 3 a

§ 6 Der Inhalt der Garantenpflicht

I. Die Garantenpflicht als Erfolgsabwendungspflicht

(Zum Problem der Begriffsbestimmung des tatbestandsmäßigen Erfolgs eines unechten Unterlassungsverstoßes im Sinne des § 8 OWiG)

Die Garantenstellung bedeutet eine objektive rechtliche Beziehung des Unterlassenden zum tatbestandsmäßigen Erfolg.[1] Soll eine verbindliche Aussage über diese Beziehung unter ordnungsrechtlichen Aspekten gemacht werden, so setzt das zunächst eine genaue Bestimmung dessen voraus, was man unter einem tatbestandsmäßigen Erfolg im Ordnungsrecht zu verstehen hat. Diese Klärung ist umso aktueller geboten, als nunmehr der neue § 8 OWiG für den unechten Unterlassungsverstoß bestimmt, daß der Betroffene es unterläßt, "einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift gehört".[2] Der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs ist Tatbestandsmerkmal eines jeden unechten Unterlassungsdelikts.[3] Das wirft die Frage auf, welche Tatbestände durch unechtes Unterlassen überhaupt begangen werden können.

Für das Strafrecht wirft Schröder diese Frage unter dem Aspekt des § 13 StGB auf, läßt aber offen, ob nach dieser neuen Vorschrift möglicherweise nur noch die sog. Erfolgsdelikte im Unterschied zu den schlichten Tätigkeitsdelikten für ein unechtes Unterlassen in Betracht kommen.[4] Träfe dieses zu, dann wäre unter der Geltung des § 8 OWiG dem unechten Unterlassungsverstoß im Ordnungsrecht von vornherein weitgehend der Boden entzogen, denn die meisten Zuwiderhandlungen des Ordnungsrechts sind als schlichte Tätigkeitsverstöße ausgestaltet.[5]

In diese Richtung weist in der Tat die Auffassung von Göhler, der einen "zum Tatbestand gehörenden Erfolg" nur beim Erfolgsdelikt gegeben sieht, wobei er ausdrücklich auf den Gegensatz

1) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 140
2) so die Vorschrift im Wortlaut
3) Jescheck Lb. S. 458
4) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn 144
5) vgl. Cramer Grundbegriffe 6/20

zum schlichten Tätigkeitsdelikt abstellt.[1] Zu den Erfolgsdelikten rechnet er nur solche, "die einen über die Handlung hinausgehenden Erfolg voraussetzen, namentlich die konkreten Gefährdungsdelikte und Verletzungsdelikte". Solche Tatbestände, so stellt er fest, "kommen im Ordnungswidrigkeitenrecht nur ganz selten vor".[2]

Daß letztere Feststellung zutrifft, lehrt schon ein flüchtiger Blick auf den Katalog der Ordnungstatbestände. Tatbestände, die, vergleichbar der Sachbeschädigung, Tötung, Körperverletzung oder Brandstiftung einen sinnfälligen äußeren Erfolg voraussetzen, sind im Recht der Ordnungswidrigkeiten von verschwindend geringer Zahl und Bedeutung. Es ist daher vom Standpunkt Göhlers konsequent, wenn er die Meinung äußert, "die besondere Problematik der Erfolgsdelikte, nämlich wann das Unterlassen dem aktiven Tun gleichgestellt werden kann," tauche im Ordnungswidrigkeitenrecht praktisch nicht auf.[3]

Es fragt sich aber, ob Göhler mit seiner Auffassung Recht hat, daß die unechten Unterlassungen an "Erfolgs d e l i k t e" in dem von ihm verstandenen Sinn gebunden sind und ob sich wirklich bei schlichten Tätigkeitsdelikten die Frage einer Begehung durch Unterlassen nicht ergeben kann. Denn wenn auch jeder Unterlassungsverstoß den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs voraussetzt, so ist damit nicht notwendig zugleich entschieden, daß dann auch nur Erfolgsdelikte für unechte Unterlassungen in Betracht kämen.

Von einer im Strafrecht verbreiteten Meinung wird dies allerdings angenommen.[4] In Wirklichkeit geben jedoch die Begriffe Erfolgsdelikt und schlichtes Tätigkeitsdelikt für diese Frage keine Entscheidungsmaßstäbe her. Denn es handelt sich dabei nur um schillernde, aber inhaltsleere Bezeichnungen, hinter denen sich in der Rechtswelt sehr unterschiedliche, teils

1) Kommentar vor § 1 Anm. 4 A
2) a.a.O.
3) a.a.O.
4) vgl. etwa Bockelmann, Niederschriften Bd. 12 S. 478 Fußn. 9; Gallas, Niederschr. Bd. 12 S. 80; Mezger Lb. (3.Aufl.) S. 98; v. Hippel Lb. S. 100 Anm. 8; vgl. ferner die offizielle Begründung zu § 13 E 62 S. 125.

auch widersprüchliche Vorstellungen verbergen.
Das beweist die folgende Übersicht:
Schönke-Schröder etwa definieren schlichte Tätigkeitsdelikte als solche, "zu deren Vollendung ein von der Handlung getrennter äußerer Erfolg nicht gehört".[1] Nach Dreher[2] fallen unter diesen Begriff alle diejenigen Delikte, "deren Tatbestand ein schlichtes, aktives Tun beschreibt", im Gegensatz zu den Erfolgsdelikten, für die er die Herbeiführung eines "mechanischen Kausalablaufs " als notwendig erachtet.
Nach Jescheck sind schlichte Tätigkeitsdelikte -er nennt sie "reine Tätigkeitsdelikte"- dadurch gekennzeichnet, daß sie "überhaupt kein Handlungsobjekt kennen".[3] Für Schmidhäuser liegt das Hauptmerkmal darin, daß sie "im Unrechtstatbestand nur rechtsgutsverletzendes Handeln in einer Tatsituation schildern"[4], und Maurach stellt fest, schlichte Tätigkeitsdelikte seien diejenigen, "bei denen die Handlung selbst den tatbestandsmäßigen Schlußpunkt bildet."[5]
Eine ältere Lehre schließlich lehnt die Unterscheidung zwischen Erfolgsdelikt und schlichtem Tätigkeitsdelikt überhaupt ab, weil jedes Delikt einen Erfolg voraussetze.[6]
Die unterschiedlichen Vorstellungen von beiden Begriffen offenbaren sich in aller Deutlichkeit aber erst, wenn man nachforscht, welche Tatbestände jeweils zu diesem oder jenem Deliktstypus gerechnet werden. Hier gehen die Meinungen insbesondere in Hinsicht auf die im Ordnungsrecht so zahlreich vertretenen sog. "Äußerungsdelikte" weit auseinander.
Die Falschaussagedelikte etwa, §§ 153, 154 StGB, werden von Dreher[7], Schönke-Schröder[8], Mezger-Blei[9], Jescheck[10] und Wessels[11] in den Kreis der schlichten Tätigkeitsdelikte

1) Kommentar vor § 1 Rdn. 149
2) Kommentar vor § 1 B II 2 b
3) Lb. S. 205; ähnlich auch H. Mayer Lb. S. 127
4) Lb. 8/40
5) Lb. A.T. S. 237
6) so von Liszt Lb. S. 129; M.E. Mayer Lb. S. 118
7) Kommentar a.a.O.
8) Kommentar vor § 1 Rdn. 149
9) StudB I S. 69, 110
10) Lb. S. 198
11) Schwerpunkte S. 31; ebenso Maurach A.T. S. 237

eingereiht, während H. Mayer[1] und Schmidhäuser[2] insoweit Erfolgsdelikte annehmen, weil das Gericht die Aussage und den Schwur wahrgenommen haben müsse.
Ähnliche Unklarheit herrscht in Bezug auf die Beleidigung, die z. B. von Maurach[3] im Gegensatz zu Meyer-Bahlburg[4] zu den Erfolgsdelikten gerechnet wird, weil ein Zugang der ehrverletzenden Äußerung erforderlich sei. Gerade dies ist aber auch ein Erfordernis bei den Falschaussagedelikten, wo die h.M. -Maurach eingeschlossen- gleichwohl für ein schlichtes Tätigkeitsdelikt plädiert.
Als Anschauungsbeispiel geeignet ist auch § 169 StGB, der etwa von Jescheck[5] als Beispiel für ein schlichtes Tätigkeitsdelikt angeführt wird, während andererseits gerade die Personenstandsfälschung des § 169 StGB als Beispiel für ein sog. "Zustandsdelikt" genannt wird und dieser Deliktstypus wiederum als eine Unterart der Erfolgsdelikte gilt.[6]
Aber nicht nur diese unterschiedlichen Vorstellungen von Inhalt und Reichweite des Gegensatzpaares Erfolgsdelikt-schlichtes Tätigkeitsdelikt lassen die Brauchbarkeit dieser Begriffe für die Bestimmung der Unterlassungstauglichkeit eines Tatbestandes in zweifelhaftem Licht erscheinen, sondern auch die darauf fußenden widersprüchlichen Ergebnisse. Als Beispiel dafür möge § 257 StGB dienen. Nach der absolut herrschenden Meinung erfordert die Begünstigung des § 257 durch den Wortlaut "Hilfe leisten" (früher: Beistandleisten) lediglich eine zur Begünstigung geeignete Tätigkeit. Auf den tatsächlichen Eintritt eines Begünstigungserfolgs kommt es - auch nach der Neufassung- nicht an. Demnach müßte es sich bei diesem Tatbestand bei Zugrundelegung der gängigen oben widergegebenen Definitionen um ein schlichtes Tätigkeits -

---

1) Lb. S. 128
2) Lb. 8/40
3) Lb. A.T. S. 237
4) MschrKrim 19 5, S. 248
5) Lb. S. 205
6) vgl. Wessels, Schwerpunkte S. 30; zu § 169 als "Zustandsdelikt": Schönke-Schröder § 169 Rdn. 13; Mezger-Blei StudB II S. 282; Maurach A.T. S. 738; OLG Kassel NJW 1949, 518;

delikt handeln.[1] § 257 StGB könnte folglich vom Standpunkt der dargelegten Meinung, die nur Erfolgsdelikte als für unechte Unterlassungsdelikte tauglich ansieht, durch Unterlassen nicht begangen werden - ein Ergebnis, das nicht nur der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung widerspricht[2], sondern auch in der Literatur von niemandem ernstlich vertreten wird.[3].

Auch hinsichtlich der Unterschlagung, § 246 StGB, ergäbe sich z. B. für Maurach, der die Unterschlagung für ein schlichtes Tätigkeitsdelikt hält[4], diese Konsequenz der Unterlassensuntauglichkeit, obwohl bis in die jüngste Zeit nie Zweifel daran bestanden haben, daß der Begehungstatbestand der Unterschlagung durch Unterlassen verwirklicht werden könne.[5]

Nach alledem ist festzuhalten, daß die Zuordnung eines Tatbestandes zur Kategorie der Erfolgsdelikte einerseits oder der schlichten Tätigkeitsdelikte andererseits nichts darüber besagt, ob der Tatbestand die Herstellung einer Unrechtsbeziehung zwischen einem unterlassenden Garanten und einem tatbestandsmäßigen Erfolg erlaubt, m.a.W., ob er einen "Erfolg" i.S.d. § 8 OWiG enthält. Vielmehr wird damit das -bisher völlig vernachlässigte- Problem, wie der "Erfolg" einer unechten Unterlassung beschaffen sein muß, um daran eine Gleichstellung mit einem entsprechenden Tun zu knüpfen, erst aufgeworfen.

Diese Frage kann nur durch eine eingehende Analyse des Inhalts und der Bedeutung des Begriffs "tatbestandsmäßiger Erfolg" geklärt werden. Das soll im folgenden geschehen.

1) so ausdrücklich Maurach B.T. S.279;Mezger-Blei StudB I S. 110
2) vgl. RGSt 53, 108; 58, 300; BGHSt 4, 170
3) vgl. nur Schönke-Schröder § 257 Rdn. 24; Herzberg Unterlassung S. 146
4) Lb. A.T. S. 738
5) a.M. jetzt allerdings Herzberg, jedoch aus anderen Erwägungen; er hält lediglich das "ausdruckslose Unterlassen" für tatbestandsuntauglich (s.S. 142 f.); vgl. ferner Schünemann S. 368 und unten 3. Abschn. § 12 III 2 d

II. Der Erfolg als ein tatbestandlich mißbilligtes, abzuwehrendes Ereignis

"Erfolg" bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch "das Ergebnis zweckvollen Handelns".[1]
Es liegt auf der Hand, daß ein tatbestandsmäßiger Erfolg i. S. d. §§ 8 OWiG, 13 StGB diese Bedeutung nicht haben kann. Im Gegenteil - die Garantenpflicht bezieht sich als Erfolgsabwendungspflicht stets auf ein n e g a t i v e s Ereignis, nämlich auf einen zum Tatbestand einer Straf - oder Bußgeldvorschrift gehörenden, d. h. gesetzlich mißbilligten und unerwünschten Erfolg. Daß dies durchaus nicht so klar ist, wie es auf den ersten Blick zu sein scheint, zeigt sich an einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1959.[2] Es ging um die Frage, ob der Halter eines Kraftfahrzeugs, der als Mitfahrer einem erkennbar Fahruntüchtigen die Führung seines Kraftfahrzeugs überläßt, eine Zuwiderhandlung gegen § 1 StVO begeht, wenn der Fahrer andere Verkehrsteilnehmer gefährdet.
Da § 1 StVO sich ausschließlich an den "Teilnehmer am öffentlichen Straßenverkehr" wendet, war nach damaligem Rechtszustand[3] diese Frage nur zu bejahen, wenn auch der mitfahrende Halter diese Täterqualifikation besaß. Zu dieser Frage hatte der BGH in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß die bloße Mitfahrt in einem Kraftfahrzeug keine Teilnahme am öffentlichen Verkehr bedeute. Vielmehr sei dazu erforderlich, daß er sich irgendwie verkehrserheblich verhalte, d. h. körperlich und unmittelbar auf den Ablauf eines Verkehrsvorgangs einwirke.[4]
Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung wäre eigentlich die Verkehrsteilnehmereigenschaft des lediglich passiv mitfahrenden Fahrzeughalters zu verneinen gewesen. Der BGH begründete indes das Vorhandensein dieser Tätereigenschaft mit der Erwägung, der Halter habe es pflichtwidrig unterlassen, seiner

---

1) Brockhaus-Enzyklopädie Bd. 5 S. 655
2) BGHSt 14, 24
3) Der Einheitstäterbegriff des § 14 OWiG war noch nicht in Geltung.
4) vgl. BGH VRS 4, 527; 6, 33; 7, 68; 8, 477

fahruntüchtigen Ehefrau die Führung des Kraftfahrzeugs zu untersagen. Daß er sich "während der Fahrt auf ein Nichttun beschränkt habe" habe, sei unerheblich, so heißt es in der Begründung, "weil die den Verkehrsteilnehmer kennzeichnende Einwirkung auf das Verkehrsgeschehen -als ein auf einen Erfolg gerichtetes Verhalten- nicht notwendig ein tätiges Handeln ist, sondern auch ein Unterlassen sein kann, wenn dadurch eine Rechtspflicht verletzt wird."[1]

Die Begründung stützt sich also offenbar darauf, daß die geforderte Einwirkung auf das Verkehrsgeschehen auch ein Unterlassen sein könne, weil sie ein auf einen Erfolg gerichtetes, nicht notwendig tätigkeitsgebundenes Verhalten sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Was der BGH völlig übersieht, ist der Umstand, daß für das unechte Unterlassungsdelikt nicht irgendein beliebiger (Einwirkungs)-Erfolg , sondern ein tatbestandsmäßiger, d.h. a b z u w e h r e n d e r Erfolg gefordert ist. Natürlich zeitigt jede Einwirkung auf das Verkehrsgeschehen Erfolge unterschiedlicher Art (andere Verkehrsteilnehmer werden zum Ausweichen gezwungen usw.), aber das sind keine garantenmäßig zurechenbare, unerwünschte und tatbestandsmäßige Erfolge , die man als Verkehrsteilnehmer abzuwenden hätte. Solange ich mich als Verkehrsteilnehmer verkehrsgerecht verhalte, kann meine Teilnahme am öffentlichen Verkehr als solche keinen abzuwenden Erfolg im Rechtssinne auslösen. Erst ein verkehrswidriges Verhalten kann die Frage nach einem abzuwehrenden Erfolg aufwerfen.

Die Fragestellung darf mithin bei § 1 StVO nicht lauten, ob jemand durch Unterlassen am Verkehr teilgenommen hat -denn das ist ja nicht unerwünscht oder verboten- sondern ob er einen der in dieser Vorschrift genannten Unrechtserfolge "durch Unterlassen" hebeigeführt hat.

Der BGH hingegen verwendet in der besprochenen Entscheidung das auf die Unrechtsbeziehung zwischen unterlassendem Garanten und abzuwehrendem Unrechtserfolg aufbauende Garantenprinzip dazu, die an sich nicht vorhandenen besonderen Täterei-geschaften eines Außenseiters herbeizuzwingen. Das ist nicht

1) BGHSt 14, 27

angängig. Die Frage, um die es in dem entschiedenen Fall tatsächlich ging, war die, ob der mitfahrende Fahrzeughalter durch sein Unterlassen den Erfolg einer Gefährdung Anderer pflichtwidrig nicht verhindert hat, was zu bejahen war. Gleichwohl hätte eine Verantwortlichkeit nach § 1 StVO abgelehnt werden müssen, denn diese Garantenstellung des mitfahrenden Halters änderte nichts daran, daß es ihm an der vorausgesetzten Täterqualifikation fehlte, welche durch erstere Unrechtsbeziehung nicht hergestellt werden kann.
Die Entscheidung muß als unzulässige Ausdehnung des Wirkungsbereichs des Garantenprinzips wie auch des "tatbestandsmäßigen Erfolgs" i.S. unechter Unterlassungsdelikte gewertet werden. Nach damaligem Rechtszustand wäre allein eine -straflose- Beihilfe zu einer Übertretung der Fahrerin in Betracht zu ziehen gewesen.[1]
Was nun den Begriff des tatbestandsmäßigen Erfolgs i.S.d. § 8 OWiG angeht, so ist festzuhalten, daß nur diejenigen Folgen oder Wirkungen als Anknüpfungspunkt für ein garantenpflichtwidriges Unterlassen dienen können, die als a b z u w e h r e n d e Unrechtserfolge zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift gehören.

II. Der Erfolg als äußere Erscheinung in der Seinswelt im Gegensatz zu dem Erfolg als Rechtsgutsverletzung

1. Die möglichen Äquivokationen des Erfolgsbegriffs

Wie muß nun diese Folge oder Wirkung beschaffen sein, um als "Unrechtserfolg" i.S.d. § 8 OWiG in Betracht zu kommen? Man muß sich dazu zunächst über die allgemeine Bedeutung des Erfolgsbegriffs und seiner möglichen Äquivokationen Klarheit verschaffen.
Allgemein gesehen bildet der Unrechtserfolg die Basis für die Gleichstellung einer Unterlassung mit dem entsprechenden Begehungsdelikt. Er liefert den ersten -tatsächlichen- Anknüpfungspunkt für die ordnungsrechtliche Würdigung eines nicht ausdrücklich normierten Unterlassens. Von dieser Funktion her ist seine Inhaltsbestimmung zu treffen.

1) Das Einheitstäterprinzip war noch nicht in Geltung

a) Es könnte jede "zum Tatbestandsmerkmal erhobene Wirkung oder Folge einer Tat" als ein Erfolg i.d.S. anzusehen sein.[1] Es ist dies der sog. Erfolg im engeren Sinne. Nach der überwiegenden Meinung wird dazu eine "vom Betätigungsakt sich räumlich-zeitlich abhebende Außenwirkung" gefordert.[2]
Eine ältere Lehre verstand den Erfolg im engeren Sinne als "eine Veränderung in der physischen Außenwelt"[3].
Es hat sich aber längst gezeigt, daß diese letztere Begriffsbestimmung viel zu eng ist, da von ihr schon eine konkrete Gefährdung -nach heute einhelliger Auffassung ein Erfolg i.e.S.- nicht als Erfolg erfaßt würde. Zum andern existieren besonders im Ordnungswidrigkeitenrecht zahlreiche Tatbestände, die zwar vom Betätigungsakt gedanklich-logisch abtrennbare äußere Folgen oder Wirkungen voraussetzen, jedoch nicht erfordern, daß diese in der physischen Außenwelt eintreten. Man nehme als Beispiel nur den Tatbestand des § 33 III Nr. 4 AWG in der bereits erörterten Alternative des "Verheimlichens". Dort ist mit dem Verheimlichungserfolg -daß die Nachprüfung wesentlicher Umstände verhindert oder erschwert wird- fraglos ein tatbestandsmäßiger Erfolg beschrieben. Dieser tritt aber nicht erkennbar oder sonstwie sinnlich wahrnehmbar in der physischen Außenwelt ein.
Aus ähnlichen Erwägungen ist auch die Definition von H. Mayer zu eng, wonach eine verändernde Wirkung an einem Handlungsobjekt, einem "äußeren körperlichen Zustand" begriffsnotwendig sein soll.[4]
Gegenstand der weiteren Diskussion kann daher nur der erstgenannte Begriff des Erfolgs i.e.S. sein.

b) Man könnte ferner als Erfolg auffassen die tatbestandsmäßige Handlung selbst, bzw. die Verwirklichung oder Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes. Dies wird in der Tat von einer verbreiteten Lehre als "Erfolg" betrachtet und zwar

1) vgl. etwa Endemann NJW 1966, 2382; Schönke-Schröder § 3 Rdn. 13
2) Jescheck Lb. S. 196; Mezger LK Bem. 6 vor § 51; v. Weber Grundriß S. 63; Baumann Lb. S. 189, 203; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 145; Wessels Schwerpunkte S. 30;
3) v. Liszt Lb. S. 129; M.E. Mayer Lb. S. 111; Binding S.368
4) Lb. S. 127

als sog. "Erfolg im weiteren Sinne".[1]

c) Als dritte Möglichkeit ergibt sich eine Inhaltsbestimmung des Erfolgsbegriffs auf einer abstrahierten Ebene, indem man als tatbestandsmäßigen Erfolg die Verletzung oder Gefährdung eines tatbestandlichen Schutzgutes oder Schutzzwecks auffassen könnte.

So liest man z. B. bei M.E. Mayer -im Gegensatz zu seinem an anderer Stelle bezogenen Standpunkt- folgendes: "Der Erfolg einer strafbaren Handlung kann darin bestehen, daß ein Rechtsgut verletzt oder daß es gefährdet wird."[2] Es erscheint allerdings fraglich, ob er damit die Rechtsgutsverletzung als einen vom konkreten Außenweltgeschehen abstrahierten Erfolg meint. Dies scheint nun aber im Hinblick auf den Erfolg als Anknüpfungspunkt für ein unechtes Unterlassungsdelikt der Standpunkt von Armin Kaufmann zu sein. Ausgehend von seiner bekannten Lehre von den unechten Unterlassungsdelikten als Verletzungen besonderer "Garantengebotstatbestände" meint er, allein die Gemeinsamkeit des Schutzzwecks bilde die axiologische Klammer zwischen dem Handlungsverbot und dem entsprechenden Garantengebot. Genau genommen beruhe der Zusammenhang beider Normen also auf dem zugrundeliegenden Werturteil, letztlich dem Rechtsgut.[3] Das gleiche Maß an Strafwürdigkeit und damit die quantitative Übereinstimmung im Unrechts -und Schuldgehalt begründen seiner Meinung nach diese axiologische Verknüpfung, "die in der Verantwortlichkeit für die Verletzung desselben Rechtsguts ihre sachliche Basis findet".[4]

Von diesem Standpunkt aus kommt Armin Kaufmann konsequent zu der Auffassung, daß der Eintritt einer, von einem entsprechenden Handlungstatbestand pönalisierten Rechtsgutsverletzung -oder gefährdung den maßgeblichen abzuwendenden Unrechtserfolg des unechten Unterlassungsdelikts bilde.[5]

---

1) vgl. RGSt 5, 282; 42, 172; Binding Lb. S. 434; Mezger LK Bem. 6 vor § 51; Jescheck Lb. S. 196; Baumann Lb. S. 189; Mezger-Blei StudB I S. 68 f.; Maurach A.T. S. 237; ablehnend Schmidhäuser Lb. 8/42; Erik Wolff Frank-Festschr. S. 561 und Lange JZ 1956, 76 sprechen insoweit von einem "reinen Rechtserfolg".

2) Lb. S. 127

3) Dogmatik S. 260; ähnlich auch Welzel Lb. S. 211

4) a.a.O. S. 274; 5) a.a.O. S. 284 und JuS 1961, 176.

2. Stellungnahme und eigener Standpunkt im Hinblick auf § 8 OWiG

Der Auffassung von Armin Kaufmann kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist diese Auffassung von einem abzuwehrenden tatbestandsmäßigen Unrechtserfolg als Rechtsgutsverletzung überhaupt nur verständlich auf dem Boden seiner Lehre, wonach das unechte Unterlassungsdelikt als ein "Delikt sui generis" nicht durch Subsumtion unter einen gesetzlichen Begehungstatbestand, sondern durch selbständige, neben den Begehungstatbeständen existierende "Garantengebotstatbestände" subsumiert wird. Diese Theorie wurde aber oben bereits verworfen.

Aber auch aus der Funktion, die der Unrechtserfolg als Tatbestandsmerkmal im Rahmen eines unechten Unterlassungsverstoßes übernimmt, ergibt sich die Untauglichkeit einer solchen Erfolgsdefinition. Der tatbestandsmäßige Erfolg bildet den ersten Anknüpfungspunkt für die ordnungsrechtliche Bewertung unter dem Gesichtspunkt eines unechten Unterlassens. Dazu bedarf es eines konkret faßbaren, faktischen Erfolges als ein Geschehen der realen Seinswelt. Die Rechtsgutsverletzung ist indessen nur ein gedankliches Ereignis auf abstrahierter Ebene, denn die Rechts - und Schutzgüter der einzelnen Tatbestände sind nicht echte Tatbestandsmerkmale als Bestandteile des Tatbestandes, sondern deren zweckvoller, geistiger Hintergrund - gleichsam der Wert -und Sinngehalt des gesamten Tatbestandes.[1] Rechtsgüter sind also nichts Greifbares; sie sind "Kategorien, Wertgattungen".[2]

Ebenso fehlt es auch der Rechtsgutsverletzung an ontologischer Realität.

Die "Verletzung eines bestimmten tatbestandlich geschützten Rechtsguts" als gedachter Erfolg ist zudem auch viel zu verschwommen und konturenlos, als daß sich daraus ein Anknüp - fungspunkt für eine Gleichstellung des unechten Unterlassens mit einem entsprechenden Begehungstatbestand ergeben könnte.

---

1) vgl. Jäger S. 14 f.
2) Jäger a.a.O.

Gerade im Ordnungsrecht lassen sich die Schutzgüter der einzelnen Bußgeldbestimmungen vielfach nur schwer voneinander abgrenzen. Häufig wird ein und dasselbe Rechtsgut durch verschiedene Tatbestände mit den unterschiedlichsten Außenerfolgen abgesichert. Andererseits sind vielfach die Bußgeldbestimmungen als vorverlegte Schutzvorschriften ausgestaltet, die nur das "Vorfeld" eines echten Schutzgutes abzusichern bestimmt sind.[1] Unter diesen Umständen läßt sich eine hinreichend differenzierte Erfassung der unechten Unterlassungsverstöße durch Anknüpfung der rechtlichen Würdigung an das jeweils geschützte "Rechtsgut" nicht erreichen, weil wegen der zahlreichen Überschneidungen der Schutzgüter in den einzelnen Tatbeständen unklar wäre, welchem konkreten Tatbestand die Buße zu entnehmen wäre. Das wäre mit dem Rechtsstaatsgebot schwerlich vereinbar.[2] Eine exakte Bestimmung der jeweils anzuwendenden Bußgeldvorschrift ist nur möglich, wenn die ordnungsrechtliche Bewertung des konkreten Unterlassens auch an konkrete, reale Außenerfolge anknüpft, wie z. B. die "Schmerzen eines Tieres"[3], den "Besitz einer Waffe"[4] oder etwa die "Verunreinigung eines Gewässers"[5].

Als erstes Ergebnis ist also festzuhalten, daß als "Erfolg" i.S.d. § 8 OWiG nur ein in der realen Wirklichkeit eintretendes Ereignis, eine Folge oder Wirkung in Betracht kommt. Fraglich ist noch, ob dieser die Anforderungen des oben erläuterten "Erfolgs im engeren Sinne" aufweisen muß oder ob auch ein solcher "im weiteren Sinne", also die Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung selbst in Betracht zu ziehen ist. Der Wortlaut der §§ 8 OWiG, 13 StGB scheint eindeutig einen Erfolg i.e.S. zu erfordern, denn danach muß ein Erfolg eintreten, der "zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift bzw. eines Strafgesetzes g e h ö r t". Nimmt man die Buchstaben des Gesetzes als Maßstab, so müßte es sich bei dem geforderten

---

1) vgl. Göhler, Einführung S. 9; näher dazu unten 3 d
2) Daß der Schutzzweck der Norm gleichwohl für die Ermittlung des tatbestandsmäßigen Erfolgs von Bedeutung sein kann, soll damit nicht geleugnet werden, vgl. dazu unten 3.
3) vgl. § 18 II Nr. 1 TierschG.
4) vgl. § 55 WaffenG.
5) vgl. §§ 3, 41 WasserHaushG.

Erfolg um einen unselbständigen Bestandteil des jeweiligen Tatbestandes handeln. Damit wäre eine Begriffsbestimmung des Erfolgs als die Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung selbst, als "Verwirklichung des gesamten Tatbestandes" -Erfolg i.w.S.- logisch nicht vereinbar. Denn das Delikt oder die Tatbestandsverwirklichung als Ganzes kann begrifflich nicht zugleich T e i l des gesetzlichen Tatbestandes und so gewissermaßen Teil seiner selbst sein. So darf man indes das Gesetz nicht verstehen. Es ist nicht zu leugnen, daß außer den Kausalverläufen mit sinnfälligen physikalischen Außenweltveränderungen auch menschliche Handlungen einer zweiten Person sich als von einem Menschen beherrschte und abwendbare Folgen im natürlichen Sinne darstellen können.
Auch solche Geschehnisse können offensichtlich-obwohl selbst Handlung- gleichzeitig Wirkungen einer anderen Handlung sein. Wenn nun jene Handlung den Erfordernissen eines Bußgeldtatbestandes entspricht und anderer als Garant gerade dazu aufgerufen war, eine solche Handlung zu verhindern, dann muß nach Sinn und Zweck des Garantengedankens auch auch eine derartige Handlung als abzuwehrender tatbestandsmäßiger Erfolg angesehen werden.[1] Dies hat insbesondere Bedeutung für jene Fälle, in denen der handelnde Aktivtäter der Herrschaftsgewalt eines Überwachungsgaranten untersteht. Nur wenn man diese Deutung des Erfolgsbegriffs akzeptiert, kann man in derartigen Fällen das Nichttun des Überwachungsgaranten als Beteiligung an der Tatbestandsverwirklichung des anderen erfassen. Daß hierfür eine Notwendigkeit besteht, wird in der Strafrechtslehre allgemein betont.[2] In welcher Weise nun in derartigen Fällen der unterlassende Überwachungsgarant zur Verantwortung zu ziehen ist, mag in diesem Zusammenhang vorerst dahinstehen.[3]

1) davon geht auch die offizielle Begründung zu § 13 E 62 aus (vgl. dort S. 126, wo von der "Haupttat" als tatbestandsmäßigem Erfolg die Rede ist); ebenso Gallas, Niederschr., Bd. 12 S. 80
2) vgl. die offizielle Begründung zu § 13 E 62 a.a.O.; ferner Gallas a.a.O.
3) Im Strafrecht wird für den Regelfall eine Beihilfe durch Unterlassen angenommen, vgl. Gallas, Niederschr., a.a.O.; offizielle Begründung zu § 13 E 62 a.a.O.

Wenn also §§ 13 StGB und 8 OWiG ihrem Wortlaut nach einen "zum Tatbestand gehörenden Erfolg" verlangen, so handelt es sich dabei nicht um eine sachliche Einschränkung des Erfolgsbegriffs auf einen solchen im engeren Sinne, wie er oben erläutert wurde, sondern nur um eine sprachliche Ungenauigkeit. Damit stehen die möglichen Äquivokationen des Erfolgsbegriffs i.S.d. § 8 OWiG im grundsätzlichen fest: es kommt im konkreten Fall sowohl ein "Erfolg i.e.S." wie auch ein solcher im weiteren Sinne in Betracht.

3. Die Beziehung zwischen dem Erfolg als realer Außenwelterscheinung und Rechtsgutsbeeinträchtigung
(Wann gehört ein Außenweltereignis "zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift" ?)

Die bisherigen Erörterungen konzentrierten sich auf den Erfolg in seiner ontologischen Erscheinungsform. Sie haben ergeben, daß als tatbestandsmäßiger Erfolg immer nur ein realer Vorgang, eine Zustandsveränderung oder sonstige äußere Wirkung einer Handlung in Betracht kommt.
Nunmehr stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen einem derartigen Erfolg die rechtliche Bedeutung der Tatbestandszugehörigkeit beigemessen werden kann.
Diese Frage wirft schon bei solch eindeutigen und sinnfälligen Erfolgsdelikten, wie sie das Strafrecht etwa mit der Sachbeschädigung, Tötung oder Körperverletzung kennt, Probleme auf. Bei den meisten Tatbeständen des Ordnungsrechts, deren "Erfolge" oft erst durch eine teleologische Auslegung der tatbestandsmäßigen Handlungsbeschreibung zu ermitteln sind, bildet sie den eigentlichen Kern der Problematik, die sich um den Erfolgsbegriff des § 8 OWiG rankt.
Man betrachte zur Einführung etwa den scheinbar problemlosen Tatbestand der Sachbeschädigung, § 303 StGB. Hat z.B. jemand einen fremden Wellensittich in Pflege genommen, so führt er den Erfolg des § 303 durch Unterlassen herbei, wenn er den Vogel verhungern läßt.
Wie aber ist es zu beurteilen, wenn etwa ein Mechaniker in der irrtümlichen Annahme, zur Reparatur beauftragt zu sein, eine Maschine in ihre Einzelteile zerlegt und sich hernach

weigert, diese wieder zusammenzusetzen ?[1] Der Erfolg einer Sachbeschädigung ist hier bereits eingetreten, aber ist die Fortdauer des zerlegten Sachzustands ebenfalls noch ein tatbestandsmäßiger Erfolg? Das kann nur durch eine wertende Auslegung entschieden werden. Mit Schröder[2] wird man die Frage in diesem Fall verneinen müssen, weil eine Wiederzusammensetzung den Sinn einer Rückgangigmachung eines bereits eingetretenen und abgeschlossenen Erfolgs hätte.
Schon dieses einfache Beispiel zeigt, wie schwierig es sein kann, die Grenze zu bestimmen, wo ein Außenwelterfolg beginnt, bereits tatbestandsmäßig zu sein im Sinne einer Straf-oder Bußgeldvorschrift und wo die Tatbestandszugehörigkeit ihr Ende hat. Noch schwieriger wird die Frage bei solchen Tatbeständen, deren Erfolg überhaupt keine physische Außenweltveränderung voraussetzt, wie die meisten Ordnungstatbestände.
Man stelle sich etwa vor, ein Waffenhändler unterläßt es, eine erlaubnispflichtige Waffe, die er zur Prüfung einem nicht durch einen Waffenschein ausgewiesenen Kaufinteressenten probeweise überlassen hatte, zurückzufordern, nachdem er vom Fehlen der erforderlichen Legitimation Kenntnis erlangt.
Ist hier mit dem Wechsel der tatsächlichen Sachherrschaft ein tatbestandsmäßiger Erfolg im Sinne eines "Überlassens" von Waffen bereits endgültig eingetreten ?[3] Und wie ist die Rechtslage bei den zahlreichen Tatbeständen, die eine falsche Angabe, Mitteilung oder Auskunft gegenüber einer Behörde beschreiben? Ist dort ein tatbestandsmäßiger Erfolg bereits mit dem Zugang der Mitteilung eingetreten und möglicherweise endgültig abgeschlossen, oder gehören auch eventuelle weitere Folgen der falschen Angabe, wie die Erregung eines Irrtums bei dem Empfänger oder sogar noch das Ergreifen unangemessener Maßnahmen zum Tatbestand?
Die hier aufgeworfene Problematik ist an sich eine solche des Besonderen Teils der Deliktsvoraussetzungen und wäre mithin für jeden einzelnen Tatbestand gesondert zu lösen.

1) Beispiel von Schröder NJW 1966, 1002
2) a.a.O.
3) vgl. §§ 55, 4 II WaffenG

Gleichwohl könnte es möglich sein, gewisse verallgemeinernde Regeln aufzustellen.

Fest steht nämlich, daß ein äußerer Erfolg in der Seinswelt niemals um seiner selbst willen zum Angelpunkt staatlicher Mißbilligung in Gestalt von Straf -und Bußgeldvorschriften gemacht werden kann. Rechtliche Relevanz empfängt eine Außenweltveränderung oder wie immer geartete Wirkung eines Kausalfaktors immer erst durch den darin enthaltenen Unrechtsgehalt, den E r f o l g s u n w e r t. Dieser wiederum wird bestimmt durch das Ausmaß und die Intensität der Beeinträchtigung des rechtlich geschützten Gutes oder Interesses,[1] das sich in dem äußeren Geschehen manifestiert.

Nicht Gebote zur Verhinderung irgendeines Erfolges interessieren daher im Straf -und Ordnungsrecht, sondern nur Gebote zur Abwendung einer Rechtsgutsverletzung -oder gefährdung.[2] Der außenweltliche Erfolg ist im Grunde also nur die tatsächliche äußere Verkörperung der gedanklichen -ideellen- Beeinträchtigung des entsprechenden Lebensgutes.[3]

Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Tatbestände des Strafrechts, sondern auch für die Zuwiderhandlungen des Ordnungsrechts. Denn auch dieses baut im Prinzip auf dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes auf, mag auch ein klar konturiertes Rechtsgut bei vielen Tatbeständen nicht deutlich hervortreten.[4] Wo letzteres der Fall ist, übernimmt ein bestimmter Schutz z w e c k des Tatbestandes die Rolle des Schutz g u t e s (Rechtsgutes). Eine Bußgeldvorschrift, die über ihre Ordnungsfunktion hinaus keinen Zweck hätte, kann es jedenfalls nicht geben.[5]

Entscheidend für die Bestimmung der Tatbestandszugehörigkeit eines Außenwelterfolgs ist also dessen Wirkung als Rechtsgut<u>beeinträchtigung.</u> Es können deshalb nach dem Intensitätsgrad

1) vgl. Rudolphi S. 94 (120)
2) Armin Kaufmann, Dogmatik S. 284; vgl. auch Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 87
3) vgl. v. Liszt ZStW Bd. 8 S. 152 ff.; Wessels Schwerpunkte S. 28
4) Göhler, Einführung in das Nebenstrafrecht, S.7; vgl. auch amtl. Begründung zu § 2 OWiG in B.T.-Drucksache V/1269 S.41
5) Göhler a.a.O.

der Rechtsguts -bzw. Zweckbeeinträchtigung differenzierte Grundsatzregeln für die Feststellung der Tatbestandszugehörigkeit aufgestellt werden. Hierbei ist auf die im Strafrecht anerkannte Unterscheidung zwischen sog. Verletzungsdelikten und konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten zurückzugreifen. Hinzu kommt als spezielle ordnungsrechtliche Kategorie die Gruppe derjenigen Tatbestände, bei denen eine direkte Beziehung zu einem materiellen Rechtsgut fehlt. Dieser Gruppe wird unser besonderes Interesse zu gelten haben.

a) Bei den Verletzungsdelikten setzt der Tatbestand die Beschädigung oder ähnlich geartete Beeinträchtigung eines Handlungsobjekts voraus, die in der realen Wirklichkeit manifest, also sinnlich wahrnehmbar wird.[1] Solche Tatbestände sind im Ordnungsrecht selten. Der praktisch wichtigste Fall dürfte die "Schädigung anderer" im Sinne des § 1 StVO sein.
Da bei diesen Verstößen der äußere Erfolg immer als die Verkörperung der abstrakten Rechtsgutsverletzung erscheint -in gewissem Sinne mit letzterem Erfolg identisch ist- können bei der Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit eines Verletzungserfolgs nur selten Probleme auftauchen, nämlich dann, wenn die Verletzung keinen endgültig abgeschlossenen Schaden bewirkt. Es stellt sich dann die Frage, inwieweit im Hinblick auf den handlungspflichtigen Garanten noch von der A b w e n d u n g eines drohenden (d.h.: noch bevorstehenden) Schadens gesprochen werden kann und inwieweit die geforderte Tätigkeit bereits als ein Wiedergutmachen erscheint. Eine derartige Problemlage wurde oben mit dem Beispielsfall von Schröder aufgezeigt. Die von ihm vertretene Lösung wird man auch für vergleichbare Fallkonstellationen bei § 1 StVO anerkennen müssen. Schwieriger wird diese Frage, wenn man sich etwa einen Beispielfall zu § 18 II Nr. 1 TierschutzG. vor Augen hält, der einem bestimmten Personenkreis Buße androht für den Fall, daß der Täter grundlos u. a. einem Wirbeltier erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt, also einen Verletzungserfolg herbeiführt.

1) vgl. Cramer Grundbegriffe 6/29

Wie wäre es nun zu beurteilen, wenn der Tierhalter das Tier bereits in einer Lage vorfindet (z.B. in einer Falle), in der es erhebliche Schmerzen leidet, jedoch nichts unternimmt, um es aus seiner unglücklichen Lage zu befreien ? Stellt der Umstand, daß das Tier weitere Schmerzen ertragen muß, noch einen Verletzungserfolg i.S.d. § 18 II Nr. 1 dar?
Die gleichen Fragen tauchen im Strafrecht unter dem Aspekt der §§ 223, 239 StGB auf. Zur Lösung wird dort auf die Unterscheidung von Zustands - und Dauerdelikten zurückgegriffen.
Bei ersteren -wie z.B. der Sachbeschädigung- sei der tatbestandsmäßige Erfolg mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Zustands bereits endgültig abgeschlossen, eine Erfolgsabwendung mithin nicht mehr möglich. Bei den Dauerdelikten hingegen erneuere sich gleichsam immerfort der rechtswidrige Zustand mit fortschreitender Dauer.[1] Hier bedeute die Unterlassung der Beseitigung des rechtswidrigen Zustands eine Intensivierung des bereits eingetretenen Schadens und sei deshalb noch tatbestandsmäßig.[2]
Man wird diese Unterscheidung auch für den Bereich des Ordnungsrechts anwenden müssen. Aber damit stellt sich sogleich die Frage, nach welchen sachlichen Kriterien das Dauerdelikt vom Zustandsdelikt zu unterscheiden sei. Diese Frage läuft letztlich darauf hinaus, unter welchen Voraussetzungen "dem Wachstum der Dauer eine Unrechtssummierung entspricht," wie Welp[3] es formuliert. Hierauf vermag bis heute auch die Strafrechtslehre keine befriedigende Antwort zu geben.
Eine Faustregel gibt Welp an die Hand, der danach entscheiden will, "ob es für den Betroffenen je länger je schlimmer wird".[4]
Damit dürfte in der Tat der entscheidende Aspekt herausgestellt, der m. E. darin zu sehen ist, daß das Dauerdelikt

1) vgl. Herzberg Unterlassung S. 153; Maurach A.T. S. 738 Schönke-Schröder vor § 73 Rdn. 45; Jescheck Lb. S. 197

2) Schönke-Schröder a.a.O.; vgl. auch Welp S. 20

3) Welp a.a.O.

4) derselbe a.a.O.

einen s t e i g e r u n g s fähigen Erfolg voraussetzt. Nimmt man die Formel von Welp als Maßstab für den hier zu entscheidenden Beispielsfall, so liegt ein Dauerdelikt und damit ein noch abzuwehrender Erfolg vor, denn jede weitere Sekunde, in der das Tier Schmerzen leidet, bedeutet eine Summierung und Steigerung des Unrechtserfolges.[1]

Was nun den praktisch wichtigsten Verletzungstatbestand des Ordnungsrechts, den § 1 StVO angeht, so ist die Alternative der "Schädigung Anderer" wohl eindeutig der Kategorie der Zustandsdelikte zuzurechnen, während die Alternativen der "Behinderung" oder "Belästigung" sich sowohl als Zustands - wie auch als Dauerdelikt verwirklichen lassen. So wäre z.B. eine Behinderung i.S.d. ersteren Deliktskategorie anzunehmen, wenn jemand seinen PKW in einer besonders schmalen Straße zunächst erlaubterweise abgestellt hat, sich hernach aber weigert, etwa einem Möbeltransporter Platz zu machen, dem er die Zufahrt versperrt. Beispiele einer Behinderung in der Art einer kurzzeitigen, mit ihrem Eintritt sogleich endgültig abgeschlossenen Störung werden im täglichen Straßenverkehr nicht selten sein.

b) Konkrete Gefährdungsverstöße

Auch bei den Tatbeständen , die als sog. konkrete Gefährdungsverstöße ausgestaltet sind, ist die Frage der Tatbestandszugehörigkeit eines Erfolgs im allgemeinen nicht problematisch. Der abzuwehrende Unrechtserfolg besteht hier in einem ungewöhnlichen, regelwidrigen Zustand, einer Sachverhaltskonstellation, die eine tatsächliche -konkrete- Verletzungsgefahr für ein Objekt heraufbeschwört dergestalt, daß der Eintritt eines Schadens bzw. einer Verletzung naheliegt oder wahrscheinlich ist.[2]

Zwar fehlt es hier an einer sinnlichen Verkörperung der Rechtsgutsbeeinträchtigung, aber das Rechtsgut wird doch in Gestalt des konkret gefährdeten Schutzobjekts derart tangiert, daß nach allgemeiner Meinung ein tatbestandsmäßiger "Erfolg"

1) vgl. etwa die Rspr. zu den Fällen der Körperverletzung: RGSt 67, 412; 75, 160; BGH LM Nr. 6 zu 230 StGB; BGH NJW 1961, 2068

2) RGSt 30, 178; BGHSt 8, 28 (32); 13, 66; 18, 271 (272)

gegeben ist.[1] Der reale Wirlichkeitserfolg liegt hier in der spezifischen Sachverhaltskonstellation, auf die sich das Wahrscheinlichkeitsurteil gründet.
Ein Erfolg in diesem Sinne ist immer da gefordert, wo das Gesetz ausdrücklich eine "Gefährdung" verlangt, so insbesondere bei § 1 StVO.
Probleme können auch im Rahmen dieser Tatbestandskategorie hinsichtlich der Tatbestandszugehörigkeit eines Gefährdungserfolgs nur auftauchen, wenn die Gefahr bereits eingetreten ist und beim Hinzukommen des abwehrpflichtigen Garanten noch andauert. In solchen Fällen muß aber -ähnlich wie beim Dauerdelikt- der Grundsatz gelten, daß der fortschreitenden Dauer des gefährlichen Zustands eine Unrechtssummierung entspricht. So lange eine Gefahr noch besteht, droht immer auch noch ein weiterer Unrechtserfolg, denn dieser tritt endgültig stets erst in Gestalt des entsprechenden Schadens bzw. der Verletzung ein. Wenn also eine Beseitigung der Gefahr oder eine Verhinderung des Schadenseintritts noch möglich ist, liegt ein vom jeweiligen Garanten abzuwehrender Unrechtserfolg vor.

c) Abstrakte Gefährdungsdelikte

Die meisten Tatbestände des Ordnungsrechts setzen nun aber weder eine sinnfällige Verletzung noch eine konkrete Gefährdung von Rechtsgütern voraus.[2]
Bei diesen Tatbeständen insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit ihnen ein tatbestandsmäßiger Unrechtserfolg i.S.d. § 8 OWiG überhaupt zugeordnet werden kann. Göhler, der wie bereits oben angedeutet, allein auf die Struktur eines Tatbestandes als "Erfolgsdelikt" abstellt und zu diesen nur die Verletzungs -und konkreten Gefährdungsdelikte rechnet,[3] muß eine solche Möglichkeit generell verneinen. Für ihn stellt sich die Frage des unechten Unterlassungsverstoßes im Hinblick auf die als abstrakte Gefährdungstatbestände formierten

---

1) vgl. Endemann a.a.O.; Mezger LK Bem. 6 vor § 51; Cramer Grundbegriffe 6/21 (30); Göhler Anm. 4 A vor 1
2) Göhler Kommentar a.a.O.
3) a.a.O.

Ordnungstatbestände überhaupt nicht.
Das stößt schon deshalb auf Bedenken, weil Göhler von der falschen Prämisse ausgeht, daß die Natur eines Tatbestandes als abstraktes Gefährdungsdelikt gleichbedeutend sei mit seiner Struktur als schlichtes Tätigkeitsdelikt. Dies ist im übrigen der Sache nach auch die Meinung von Dreher[1] und Bindokat. Letzterer meint -mit Blick auf Garantenstellungen aus vorauf-gegangenem Tun- es lasse sich "doch negativ wohl soviel sagen, daß die Regel[2] nicht für Delikte gelten kann, deren Tatbestand weder einen Erfolg noch eine konkrete Gefährdung enthält, daß mithin abstrakte Gefährdungsdelikte als unechte Unterlassungs-delikte ausscheiden".[3]
Es wird sich sogleich zeigen, daß dies nicht richtig ist. Aber hören wir zunächst die weitere Argumentation von Bindokat: ".....sind weder Erfolg noch Gefährdung tatbestandsmäßig", so argumentiert er, "so kann im Rahmen eines derartigen Delikts nicht der Vorwurf erhoben werden, eine Gefahr verursacht und dennoch nicht abgewendet zu haben. Eine Gefahr, die gesetzgeberisches Motiv geblieben, und nicht in den Tatbestand eingegangen ist, hat, was den Grund der Strafe betrifft, in jeder Hinsicht außer Betracht zu bleiben. Hilft es dem Täter nicht, daß sein strafbarer Ungehorsam ohne Folgen geblieben ist, so kann es den Urheber einer verpönten Gefahr auch nicht belasten, daß er zur Abwendung dieser Gefahr untätig geblieben ist." [4]
Um Bindokat zu widerlegen, müssen wir uns zunächst Klarheit über den Begriff des abstrakten Gefährdungsdelikts verschaffen. Die "abstrakte Gefahr" bei diesen Tatbeständen bildet eine Vorstufe der entsprechenden konkreten Gefahr.[5] Den abstrakten Gefährdungstatbeständen liegt die Vermutung zugrunde, daß ein bestimmtes Verhalten oder ein bestimmter Zustand immer gefährlich sei. Der Eintritt einer wirklichen Gefahr wird daher vom Tatbestand nicht gefordert.[6] Beispielsfälle aus

1) Kommentar vor § 1 Anm. B II 2 b
2) scil.: die Garantenregel als Handlungsbefehl
3) Bindokat NJW 1966, 1907
4) derselbe a.a.O.
5) so Cramer Grundbegriffe 6/32
6) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 148 m.w.N.

dem Ordnungsrecht sind insbesondere die vielen abtrakt gefährlichen Verkehrsverstöße der StVO wie Mißachtung bestimmter Verkehrszeichen, zu schnelles Fahren, falsches Überholen usw,[1] sowie Verstöße nach § 25 ApothekenG[2] oder etwa gegen die Bestimmungen zum Schutze der Gesundheit durch Lärmbelästigung und sonstige Immissionen, ferner die Tatbestände des SchwerbeschG, des JugSchG, des JugArbeitsschG, des MutterschG[3], bestimmte Verstöße gegen das WaffenG und etwa die Verletzung ortsrechtlicher Streuvorschriften im Winter.

Hält man sich nun die oben gegebene Begriffsbestimmung der abstrakten Gefährdungsdelikte vor Augen, so scheint für die Meinung von Bindokat und Göhler zu sprechen, daß der Eintritt einer echten Gefährdung vom Tatbestand nicht gefordert wird. Man könnte meinen, daß es dann einen "zum Tatbestand gehörenden Erfolg" nicht geben könne. Dieser Gedanke hebt jedoch nur einen Teilaspekt des ganzen Problems ins rechte Licht. Zunächst ist an die obige Darstellung zum Erfolgsbegriff im weiteren Sinne zu erinnern, wo ausgeführt ist, daß schon die Verwirklichung eines tatbestandsmäßigen Geschehens durch eine zweite Person im Hinblick auf einen zur Überwachung dieser Person verpflichteten Garanten einen tatbestandsmäßigen Erfolg darstellen kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob die zu überwachende Person ihrerseits einen tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat. Die Gefahr, die das gesetzgeberische Motiv für die Bildung eines abstrakten Gefährdungstatbestandes ist, tritt in derartigen Fällen in der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung selbst -wie z.B. dem zu schnellen Fahren- unmittelbar zutage. Denn das Kennzeichen der abstrakten Gefährdungsverstöße liegt gerade darin, daß die tatbestandsmäßige Handlung typischerweise eine konkrete Gefahr heraufbeschwört.[4] Ein abstrakter Gefährdungsverstoß kann also einmal in der Form der Beteiligung an fremder Zuwiderhanlung durch Unterlassen begangen werden, weil hierbei die gesamte

1) so Cramer Grundbegriffe 6/32
2) die Vorschrift dient dem Schutz von Leben und Gesundheit, vgl. amtl. Begründung zum OWiG, B.T.-Drucks. V/1269 S. 23
3) so Göhler, Einführung in das Nebenstrafrecht S. 7 f.
4) Cramer a.a.O.; ferner in: Vollrauschtatbestand S. 68

Zuwiderhandlung des Aktivtäters den tatbestandsmäßigen Erfolg des Unterlassens bildet.
Aber auch im Hinblick auf eine selbständige Unterlassungstäterschaft scheint mir der Standpunkt von Bindokat und Göhler unzutreffend. Zunächst ist gegen ihn anzuführen, daß es eine spezielle Art von Tatbeständen gibt, die weder einen konkreten Gefährdungs - noch Verletzungserfolg voraussetzen, aber gleichwohl eine von der Handlung ablösbare Folge oder Wirkung erfordern. Ein Beispiel, an dem dies besonders deutlich wird, ist § 117 OWiG. Die Vorschrift erfordert eine L ä r m e r r e g u n g, die "geeignet ist, die Allgemeinheit erheblich zu belästigen oder die Gesundheit eines anderen zu beschädigen". Der Begriff der Geeignetheit beschreibt einen Vorgang, der einen bestimmten Gefährdungseffekt wahrscheinlich macht, ohne daß es aber darauf ankommt, daß der vom Recht mißbilligte schädliche Erfolg tatsächlich eingetreten ist.[1] Er wird von Cramer[2] mit Recht als d a s typische gesetzgeberische Instrument zur Konstruktion eines abstrakten Gefährdungstatbestandes bezeichnet.
Wir haben demnach mit § 117 den klassischen Fall eines abstrakten Gefährdungstatbestandes vor uns, der aber gleichwohl den Eintritt eines Erfolges, nämlich den näher bezeichneten Lärm voraussetzt. Die Gefahr einer Belästigung oder Gesundheitsbeschädigung ist hier nur gesetzgeberisches Motiv geblieben. Daraus läßt sich nun aber keinesfalls, wie Bindokat allgemein für die abstrakten Gefährdungstatbestände annimmt, die Konsequenz ableiten, daß deshalb ein t a t b e s t a n d s m ä ß i g e r Erfolg nicht in Betracht komme. Tatbestandsmäßig ist hier vielmehr diejenige Folge oder Wirkung, die der Gesetzgeber als Indiz für die generelle Gefährlichkeit verstanden wissen will. Und das ist hier ganz eindeutig der "Lärm".[3]
Als weiteres Beispiel kann § 55 WaffenG angeführt werden, der das Überlassen von Waffen oder Munition an bestimmte, nicht durch Waffenschein ausgewiesene Personen in mehreren

---

1) so Cramer Vollrauschtatbestand S. 69
2) a.a.O.
3) vgl. amtl. Begründung zu § 8 OWiG (B.R.-Drucks. 1/72)

Alternativen mit Buße bedroht.[1] Es handelt sich auch hierbei um abstrakte Gefährdungsverstöße. Gem. § 4 WaffenG erfordert das "Überlassen" einen Wechsel in der Person des Inhabers der tatsächlichen Sachgewalt. An diese äußere Folge ist der generellen Gefährlichkeit geknüpft. Nichts liegt näher, als eben diesen Erfolg des Besitzwechsels als tatbestandsmäßigen Erfolg i.S.d. § 8 OWiG aufzufassen.
Damit ist m. E. die Meinung, wonach abstrakte Gefährdungsdelikte zur Begehung durch Unterlassen generell untauglich sein sollen, bereits hinreichend widerlegt. Aber wir wollen prüfen, ob diese Meinung wenigstens hinsichtlich jener -überwiegenden- Gruppe von abstrakten Gefährdungstatbeständen richtig ist, zu deren Vollendung überhaupt keine von der Handlung ablösbare äußere Folge gehört (schlichte Tätigkeitsdelikte).
Als Beispiel diene § 118 OWiG. Die Vorschrift knüpft die Bußdrohung bereits an die Vornahme einer grob ungehörigen Handlung, welche geeignet sein muß, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Sicherheit zu beeinträchtigen, ohne daß es auf den Eintritt eines dieser Erfolge in concreto ankäme. Durch die Verwendung des Begriffs der Geeignetheit ist die Tatbestandsstruktur als abstrakter Gefährdungstatbestand bereits hinreichend manifestiert.
Im Gegensatz zu dem Beispiel des § 117 OWiG knüpft sich hier die Vermutung der generellen Gefährlichkeit aber nicht an eine äußere Folge oder an einen Zustand, sondern an die tatbestandsmäßige Handlung selbst.
Kann man nun mit Bindokat sagen, die "gesetzgeberisches Motiv gebliebene Gefahr" müsse hier in jeder Hinsicht außer Betracht bleiben, so daß ein abzuwehrender tatbestandsmäßiger Erfolg bei dieser Bestimmung völlig undenkbar wäre? Das wäre m. E. verfehlt. Zwei Überlegungen sprechen dagegen:
Zunächst ist es doch keineswegs so, daß der durch eine Handlung intendierte Außenerfolg dem Gesetzgeber notwendig gleichgültig sein müsse, wenn dieser als "Erfolg" im Tatbestand nicht erscheint und sein Eintritt für die Verhängung der

1) vgl. Nr. 5, 7, 11, 15, 20b dieser Vorschrift

vorgesehenen Sanktion daher nicht unbedingt v o r a u s g e s e t z t ist. Gerade im Hinblick auf jene vielen Tatbestände, bei denen die potentielle Gefährlichkeit der Handlung nur das Motiv der Sanktionsdrohung bildet, ist es -zumeist aus kriminalpolitischen Gründen- das Bestreben des Gesetzes, schon die bloß vorbereitende Tätigkeit mit Schädlichkeitstendenz abzuwehren. Dann liegt aber der Sinn der Straf -oder Bußdrohung gleichwohl darin, den etwaigen Eintritt eines Schadens e r f o l g e s zu verhindern.
So ist es auch im Falle des § 118 OWiG. Dort ist der Eintritt eines Belästigungs -oder Gefährdungserfolges zwar nicht für eine Tatbestandsverwirklichung n o t w e n d i g, aber damit ist noch nicht zwangsläufig darüber entschieden, daß ein solcher Erfolg, falls er tatsächlich eintritt, nicht dennoch i.S.d. § 8 OWiG "zum Tatbestand gehört". Denn den entscheidenden Unrechtsgehalt empfängt der Tatbestand des § 118 OWiG erst durch den vom Gesetz mit ins Auge gefaßten, latent drohenden Eintritt eines derartigen Erfolges.
Der Tatbestand muß daher jeweils auch die Weiterentwicklung einer Gefahrenlage zur nächst intensiveren Gefahrenstufe bis hin zum letztlich entscheidenden Unrechtserfolg -dem Schadenseintritt- als noch zum Tatbestand gehörenden Erfolg mit erfassen. Es wäre widersinnig, aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber in dem Bestreben, den Verfolgungsbereich eines Tatbestandes möglichst weit vorzuverlegen, auf den Eintritt eines Verletzungs -oder Gefährdungserfolgs v e r z i c h t e t, im Hinblick auf die Unterlassenstauglichkeit derartiger Tatbestände eine tatbestandseinengende Wirkung zu folgern.
Die zweite Überlegung, die den hier vertretenen Standpunkt bestätigt, ist folgende: wenn -wie oben dargelegt wurde- z.B. bei § 117 OWiG die Natur dieser Vorschrift als abstrakter Gefährdungstatbestand nichts daran zu ändern vermag, daß der geforderte Erfolg der Lärmerregung ein ggf. abzuwehrender Erfolg ist, dann kann hinsichtlich anderer Tatbestände, die ebenfalls auf eine Geeignetheit zum Eintritt eines Verletzungs -oder Gefährdungserfolgs abstellen, nichts anderes gelten. Der Umstand, daß bei § 117 eine von der Handlung

gedanklich ablösbare äußere Folge zwischengeschaltet ist, an die sich die Vermutung der Gefährlichkeit anknüpft, kann nicht entscheidend sein. Ob der letztentscheidende Unrechtserfolg, den das Gesetz verhindern will, aus der tatbestandsmäßigen Handlung unmittelbar oder aus einem zwischengeschalteten äußeren Zustand erwächst, macht für die Unrechtsbewertung keinen Unterschied.
Man kann daher feststellen, daß ein tatsächlich eingetretener Erfolg einer Gefährdung oder Belästigung i.S.d. § 118 OWiG dem Tatbestand zumindest noch a s s o z i i e r b a r ist. Das muß für die Frage der Tatbestandszugehörigkeit i.S.d. § 8 OWiG genügen. Eine solche Assoziierbarkeit wird einmal durch den Begriff der Geeignetheit deutlich, der die Verbindung der tatbestandsmäßigen Handlung mit dem entsprechenden Erfolg erkennbar herstellt, zum andern aber auch im Titel dieser Vorschrift: "Belästigung der Allgemeinheit".
Wenn gleichwohl § 118 OWiG durch selbständiges Unterlassen nicht zu verwirklichen ist, -was die weitere Untersuchung ergeben wird- so sind dafür andere Gründe maßgebend, die jedenfalls mit der Natur dieser Vorschrift als abstraktem Gefährdungstatbestand nichts zu tun haben.
Daß die hier vertretene Auffassung im Grundsatz richtig ist, wird im übrigen durch einen Blick auf den vergleichbar strukturierten Tatbestand des § 257 StGB bestätigt. Die Begünstigung nach § 257 StGB a.F. wurde ganz überwiegend als abstraktes Gefährdungsdelikt angesehen, für das der Eintritt eines effektiven Begünstigungserfolgs nicht erforderlich war.[1] Es genügte nach bisherigem Recht nach ganz h.M. eine dazu geeignete Begünstigungshandlung.[2] (Daran dürfte sich auch nach der Neufassung dieses Tatbestandes nichts geändert haben).
Gleichwohl hielt es -jedenfalls für § 257 a.F.- die einhellige Meinung in der Strafrechtswissenschaft und Praxis offenbar für ausreichend, daß ein abwehrmächtiger Garant einen tatsächlich eingetretenen Begünstigungserfolg nicht abgewendet hat, um ein unechtes Unterlassungsdelikt des § 257 StGB

1) so ausdrücklich Jescheck Lb. S. 199; Cramer Vollrauschtatbestand S. 73
2) vgl. RGSt 58, 15; 76, 123; BGHSt 4, 225; Mezger-Blei II S. 259

anzunehmen, denn es wird von niemandem bestritten, daß eine Begünstigung durch Unterlassen möglich ist, bzw. war.[1]
Es ist also festzuhalten, daß abstrakte Gefährdungstatbestände durchaus tatbestandszugehörige Unrechtserfolge enthalten können und daher einer Begehung durch Unterlassen nicht prinzipiell unzugänglich sind.[2] Voraussetzung ist allerdings eine gewisse "Assoziierbarkeit" des Erfolgs dergestalt,daß dieser sich als die Intensivierung oder als fortgeschrittenes Stadium der im Tatbestand beschriebenen Gefahrenlage darstellt oder, daß der Tatbestand -wie etwa mit dem "Lärm" bei § 117 OWiG- einen äußeren Zustand benennt, der einen selbständigen Anknüpfungspunkt für eine Garantenunterlassung bilden kann. Eine derartige "Assoziierbarkeit" ist immer dann zu bejahen, wenn der letztlich abzuwehrende Unrechtserfolg durch den Begriff der "Geeignetheit" der Handlung zur Herbeiführung desselben im Tatbestand ausdrücklich bezeichnet ist. Dann lassen sich sowohl die entsprechende konkrete Gefahr -als nächst intensivere Stufe- wie auch der entsprechende Schadenseintritt noch dem Tatbestand einfügen.[3]
Nun tritt allerdings der jeweils vom Gesetz mißbilligte Unrechtserfolg bei den meisten abstrakten Gefährdungstatbeständen nicht so klar im Wortlaut zutage. Die Tatbestände, in denen mittels des Begriffs der Geeignetheit eine assoziierbare Folge unmißverständlich an den Tatbestand gekoppelt ist, sind seltene Ausnahmen. Bei vielen Tatbeständen ist zweifelhaft, ob ihnen überhaupt ein Erfolg assoziiert werden kann. Oft ist eine äußere Folge oder Wirkung in der Handlungsbeschreibung versteckt. Zudem wird deren spezielle Relevanz für die Begehung durch Unterlassen vielfach dadurch verschleiert, daß sie -für sich betrachtet- als wertneutrale und rechtlich indifferente Folgen oder Zustände erscheinen. Dann ist durch eine

1) vgl. etwa Jagusch LK § 257 Anm. 2b; ferner Nachw. oben zu A
2) Dies wird in der Strafrechtslehre ausdrücklich nur von Armin Kaufmann anerkannt. Nach ihm bildet eine abstrakte Gefahr dann den abzuwehrenden Unrechtserfolg, wenn "die Herbeiführung eines Zustands oder Vorgangs wegen der abstrakten Gefährlichkeit für ein Rechtsgut .....verboten ist". (Dogmatik S. 284)
3) Bezgl. der "konkreten Gefahr" in diesem Sinne übrigens auch Göhler mit Blick auf den "Erfolg" des § 4 OWiG (s.dort Anm 4B)

teleologische Auslegung zu ermitteln, welchen Vorgang oder welche Außenwirkung das Gesetz verhindern will.[1] Entscheidend ist dabei wiederum, an welchen äußeren Vorgang oder Zustand der Gesetzgeber die Vermutung einer generellen Gefährlichkeit angeknüpft wissen will. Diese Frage läßt sich in den meisten Fällen reduzieren auf den für das abstrakte Gefährdungsdelikt typischen Prüfstein der "Geeignetheit" zur konkreten Gefahr.[2] Immer derjenige äußere Zustand bildet den abzuwehrenden Erfolg, der geeignet ist, eine tatsächliche Rechtsgutgefährdung auszulösen.[3]

Als Beispiel möge insoweit nochmals der Fall des Überlassens einer Waffe an einen nicht legitimierten Käufer dienen. Der Besitzwechsel mit der Folge, daß die Waffe sich nunmehr in unkontrollierbaren Händen befindet, bedeutet eine potentielle Gefahr für die allgemeine Sicherheit, weil diese Sachlage geeignet ist, konkrete Gefahren für Menschen durch den Gebrauch der Waffe heraufzubeschwören.

Ähnlich verhält es sich mit allen Tatbeständen, welche die Besitzübertragung generell oder potentiell gefährlicher Gegenstände oder Stoffe auf andere Personen beschreiben, die nach dem Willen des Gesetzes den Besitz an ihnen nicht erlangen sollen. Das ist z.B. bei § 26 II Nr. 9 GaststättenG (Verabreichen von Alkohol an Betrunkene) oder bei §§ 3, 14 I JugendschutzG (Abgeben von alkoholischen Getränken an Kinder) oder beim Verbreiten von papiergeldähnlichen Drucksachen und dgl. nach § 127 OWiG der Fall.[4] Abzuwehrender Erfolg ist dort jeweils die Erlangung der Sachgewalt durch die empfangende Person.

Damit stehenden die tragenden Grundsätze für die Bestimmung der Tatbestandszugehörigkeit eines Erfolgs unter dem Aspekt eines abstrakten Gefährdungsverstoßes fest. Zu klären bleibt lediglich noch die eingangs mit dem zu § 55 WaffenG

---

1) Für diese Art von Erfolgen scheint mir der von E. Wolf (Frank-Festgabe S. 562) gebildete Terminus "sinnergänzungsbedürftiger Erfolg" sehr passend.
2) so auch Cramer, Vollrauschtatbestand S. 69
3) sachlich übereinstimmend Armin Kaufmann, Dogmatik S. 284
4) vgl. ferner etwa § 11 Abs. 1 GiftVO NW

gebildeten Beispielsfall aufgeworfene Frage, inwieweit noch von einem abzuwehrenden Erfolg die Rede sein kann, wenn der äußere Zustand, an den die generelle Gefahr sich anknüpft, bereits eingetreten ist. So war die Sachlage in genanntem Beispielsfall, in dem der Waffenhändler die Waffe probeweise an einen Unbefugten überlassen hatte und dieselbe nunmehr zurückzufordern unterläßt.

Dieses Problem kann nicht anders entschieden werden, als die entsprechende Problematik bei den Verletzungs -und konkreten Gefährdungsverstößen: solange der eigentliche Unrechtserfolg noch nicht eingetreten ist, droht weiterer Schaden. Der letztentscheidende Unrechtserfolg ist aber immer der Schadenseintritt selbst. Solange dieser nicht eingetreten ist, kann folglich auch beim abstrakten Gefährdungsverstoß von einem "Wiedergutmachen" nicht die Rede sein.

Ein Garant, der aufgerufen war, eine abstrakte Gefahrenlage gar nicht erst zur Entstehung kommen zu lassen. muß deshalb tätig werden, solange die Abwendung einer Intensivierung der Gefahr zur nächsten Gefährlichkeitsstufe noch möglich ist.[1] Andernfalls käme man zu dem grotesken Ergebnis, daß die pflichtwidrig unterlassene Abwendung einer nur potentiellen Gefahrenlage eine Verantwortlichkeit nach dem entsprechenden Begehungstatbestand auslöste, während die Nichtabwendung des schwereren Übels verfolgungsfrei bliebe. Die Erfolgsabwendungspflicht würde mit dem Eintritt der abstrakten Gefahrenlage erlöschen, obwohl das Eingreifen gerade dann erst besonders dringlich wird. Der Waffenhändler in unserem Beispiel muß mithin dem Probekäufer die Waffe wieder wegnehmen. Freilich wird man in solchen Fällen dem Erfordernis der Zumutbarkeit erhöhte Beachtung zu schenken haben.[2]

---

1) Eine ähnliche Problematik stellt sich bei allen Delikten mit mehrstufigem Erfolg, wie sie das Strafrecht z. B. mit § 263 StGB und der Unfallflucht, § 142, kennt. Auch dort muß es für die Tatbestandszugehörigkeit des Erfolgs bzw. die Reichweite der Abwendungspflicht darauf ankommen, welche Folge den eigentlichen Unrechtsgehalt des Delikts ausmacht, vgl. Schönke-Schröder § 263 Rdn. 35 m.w.N.

2) Zur Frage der Zumutbarkeit vgl. unten d) cc)

d) Verwaltungswidrigkeiten und Formalverstöße

aa) Unselbständige Unterlassungstäterschaft

Die bisherigen Erörterungen zur Frage des abzuwehrenden Unrechtserfolgs betrafen nur Tatbestände, bei denen die potentielle Gefährlichkeit des beschriebenen Vorgangs oder Zustands für ein Rechtsgut ohne weiteres einsichtig war. Wer zu schnell fährt, beschwört die Wahrscheinlichkeit herauf, daß Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer oder fremdes Eigentum gefährdet werden; die Waffe in der Hand eines unkontrollierten Besitzers ist eine potentielle Gefahrenquelle für die öffentliche Sicherheit usw. Bei einem großen Teil der Ordnungstatbestände dagegen ist ein echtes materielles Schutzgut überhaupt nicht erkennbar[1], weil diese Tatbestände lediglich das "Vorfeld" eines solchen abzusichern bestimmt sind.[2]

Materielle Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Eigentum, öffentliche Sicherheit usw. zeichnen sich durch einen vorgegebenen Eigenwert aus. Das läßt sich hinsichtlich ihrer oft künstlich geschaffenen Vorfelder nicht sagen, insbesondere dann nicht, wenn diese Vorfelder sich lediglich als bestimmte, gewillkürte Ordnungen in einem Spezialbereich oder auch als nur als Verwaltungsfunktionen darstellen. Man denke etwa an die zahlreichen Tatbestände, die Verstöße gegen bestimmte Kontroll -und Überwachungsvorschriften zum Schutz und zur Erleichterung behördlicher Tätigkeiten normieren wie Pflichten zur Duldung von Untersuchungen, Entnahme von Proben, Vorlegen von Urkunden usw.[3], ferner an die große Masse der Verstöße in Form von Nichterfüllung von Anmelde-Auskunfts- und Anzeigepflichten, des Vorlegens von Urkunden, Mitführens von Ausweisen, Erlaubnissen und dgl., kurz alle diejenigen Tatbestände, die lediglich die Störung oder Erschwerung der staatlichen Verwaltungstätigkeit auf bestimmten Spezialgebieten

1) vgl. die Terminologie bei Göhler, Nebenstrafrecht, Einführung S. 9 f.; auch: Goldschmidt Koch-Festschr. S. 422, spricht von "materieller Rechtsgüterschutzfunktion".
2) Göhler a.a.O.
3) vgl. etwa § 35 I Nr. 11 EichG.; 18 II Nr. 15 TierschutzG.; § 27 I Nr. 3 SchutzbereichsG.

verhindern sollen.[1] Das materielle Schutzgut all dieser Tatbestände ergibt sich nur mittelbar aus diesen künstlichen "Rechtsgut-Vorfeldern".Es sind dies hauptsächlich die Lebensinteressen der Bürger im weitesten Sinne, insbesondere das Interesse der Daseinsfürsorge.[2]

Bei diesen "Delikten" wäre die Bezeichnung "abstrakte Gefährdungsdelikte" verfehlt, zumindest aber unpassend, denn als Gefährdungsdelikt kann nur bezeichnet werden, was in irgendeiner direkten Beziehung zu einem Rechtsgut steht.[3] Zuwiderhandlungen der genannten Art weisen diese Beziehung nicht auf. Soweit sie sich lediglich als die Störung einer im Interesse der staatlichen Verwaltung erlassenen künstlichen Ordnung darstellen, trifft vielmehr die von Goldschmidt[4] geprägte Bezeichnung als "Verwaltungswidrigkeiten" oder auch als "Verwaltungsungehorsam"[5] zu.Daß es derartige Verstöße im Gegensatz zu den echten abstrakten Gefährdungsverstößen gibt, wird allgemein angenommen.[6]

Eine präzise Definition für diese Art von Zuwiderhandlungen zu geben,ist nahezu unmöglich. Die leistungsfähigste Begriffsbestimmung ist wohl immer noch die, welche Eb. Schmidt im Hinblick auf das "Verwaltungsdelikt" des Wirtschaftsstrafgesetzes herausgearbeitet hat.[7] Danach enthält das "Verwaltungsdelikt folgende Merkmale: "Es weist keinen greif -und meßbaren Schaden auf, der einem Rechtsgut, d.h. einem rechtlich anerkannten Interesse eines einzelnen oder einer als personifiziert gedachten Personengemeinschaft (Allgemeinheit, Staat) zugefügt wird. Es ruft keinen Justizschaden hervor, sondern nur einen Verwaltungsschaden, d.h. einen solchen, der keine materiellen sozialen Lebensinteressen, sondern nur die

1) vgl. dazu Erik Wolf, Frank-Festschr. S. 562; Göhler a.a.O.
2) Göhler a.a.O. S. 10
3) Cramer Vollrauschtatbestand S. 68
4) vgl. Koch-Festgabe S. 422 ff.
5) so die Terminologie in der amtl. Begründung zum OWiG, s. B.T.-Drucks. V/1269 S. 23
6) vgl. amtl. Begründung zum OWiG a.a.O., wo als Beispiel die Verletzung von Auskunfts -und Meldepflichten genannt ist; ferner Göhler, Einführung in das Nebenstrafrecht S. 8
7) Adolf Arndt-Festschr. S. 424

Beziehungen betrifft, in der der einzelne als gehorsamspflichtiger Staatsbürger zu den Verwaltungsbehörden steht".[1] Mit Erik Wolf kann als weiteres Merkmal hinzugefügt werden, daß es sich um "kulturell farblose, nur juristisch vorgeformte Geschehnisse" handelt, spezifische O r d n u n g sverstöße, die zumeist kein Tatobjekt kennen und an den Lebensraum einer nationalen Rechtsordnung, ja oft nur eines temporären Gesetzes gebunden sind und keinerlei naturrechtliche Bedeutung haben.[2] Die künstlich geschaffenen Ordnungen, die sie schützen, sind "durch und durch Produkte des Gesetzgebers."[3] Nach einer von Lange[4] vertretenen Auffassung stellen Verstöße gegen sie keine Rechtsgutsverletzungen im eigentlichen Sinne dar, sondern bloße R e c h t s verletzungen. Das ist im Kern richtig. Nur darf man nicht übersehen, daß auch diese Tatbestände in ihrer Zielsetzung durchaus auf einen Güterschutz im weiteren Sinne angelegt sind. Eine Bußgeldvorschrift, die eine künstliche Ordnung um ihrer selbst willen schützt, wäre rechtsstaatlich nicht zulässig. Bußgeldtatbestände sind nicht dazu da, "das widerspenstige Volk im Gehorsam zu üben, als sei das Gesetz der Geßler'sche Hut, vor dem das Volk seine Reverenz machen müßte".[5] Die Zeiten, "in denen das Tragen von Pluderhosen unter Strafe gestellt war, weil dies der Obrigkeit einfach mißfiel, sind vorbei".[6]

An die Stelle eines materiellen Rechtsguts tritt daher bei den hier in Rede stehenden Tatbeständen, falls nicht wenigstens das "Vorfeld" eines materiellen Lebensgutes abgesichert wird, ein bestimmter wertvoller Zweck, den der Tatbestand zu schützen hat.[7] Nun ist es allerdings vielfach so, daß die Verwirklichung des betreffenden Tatbestandes keineswegs zugleich

---

1) Eb. Schmidt a.a.O.
2) Erik Wolf in Frank-Festgabe S. 562
3) Lange, JZ 1956, 73
4) JZ 1956, 73 ff.
6) Göhler, Einführung in das Nebenstrafrecht S. 7
5) vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand S. 54
7) vgl. Mattes ZStW 82, 25; ob man derartige rechtlich geschützte Zwecke noch als "Schutzgut" oder etwa als "formelles Rechtsgut" bezeichnet, ist lediglich eine terminologische Frage. M.E. ist es untunlich, weil dadurch die Unterschiede zu den echten Rechtsgütern verwischt würden.

eine tatsächliche Beeinträchtigung des geschützten Zwecks oder des "Rechtsgutvorfeldes" bedeutet. Oft ist der jeweilige Schutzzweck nicht einmal konkret gefährdet. So kommt es z.B. düe sie Tatbestandsmäßigkeit einer falschen Auskunftserteilung bei fast allen entsprechenden Tatbeständen nicht darauf an, ob die Behörde getäuscht wird oder gar unangemessene Maßnahmen ergreift. Ob der Kraftfahrer, der an einer Parkuhr sein Fahrzeug abstellt, ohne die Uhr in Lauf zu setzen, tatsächlich den Zweck der entsprechenden Bußgeldbestimmungen der §§ 13,49 StVO gefährdet, indem er einen gerade in diesem Zeitpunkt knappen Parkraum für andere Fahrer blockiert, ist für die Zuwiderhandlung gleichgültig.[1]

Wo nun durch die konkrete Zuwiderhandlung der geschützte gesetzgeberische Zweck oder das betreffende "Rechtsgutvorfeld" in concreto überhaupt nicht beeinträchtigt oder gefährdet wird, da liegt ein sog. reiner F o r m a l v e r s t o ß vor, der in der Tat mit Lange als "Rechtsverletzung ohne Rechtsgutsverletzung" verstanden werden kann. Die Zuwiderhandlung bewirkt hier keinen materiell schädlichen, sondern nur einen "reinen Rechtserfolg".[2]

Für solche Verstöße nun stellt sich die Frage, ob es bei ihnen einen abzuwehrenden Unrechtserfolg i.S.d. § 8 OWiG überhaupt geben kann. Die gleiche Frage ist aber auch hinsichtlich derjenigen Tatbestandsverwirklichungen zu stellen, mit denen eine effektive Beeinträchtigung oder Gefährdung des ideellen Schutzkerns tatsächlich einhergeht. Denn es liegt auf der Hand, daß eine Beeinträchtigung solcher künstlicher Rechtsgutvorbereiche in ihrem Unrechtsgehalt weit weniger schwer wiegt, als eine Beeinträchtigung des dahinter stehenden materiellen Rechtsguts selbst. Diese Unwertdifferenz kann für die Beurteilung des abzuwehrenden Erfolgs i.S. eines unechten Unterlassungsverstoßes nicht gleichgültig sein. Es ist

1) Zum Schutzzweck dieser Vorschriften vgl. Cramer, Straßenverkehrsrecht, § 13 StVO Anm. 10

2) Terminus von Erik Wolf, Frank-Festschr. S. 525, 561. Er gebraucht ihn allerdings in einem etwas anderen Sinn (vgl. oben a)

ein gewichtiger Unterschied, ob man dem Bürger die Abwendung eines "materiell rechtswidrigen Erfolgs" im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdekikts, bei dem im Hintergrund ein schädlicher Erfolg steht, abverlangt, oder ob man ihn zur Abwendung eines schlicht verbotenen (= formell rechtswidrigen) Erfolgs verpflichtet,[1]

Für diese Gruppe von Zuwiderhandlungen im Sinne von Formalverstößen und Verwaltungswidrigkeiten (Verwaltungsungehorsam) ist daher eine im Vergleich zu den echten abstrakten Gefährdungsverstößen differenzierte Betrachtungsweise geboten. Da sie aber in ihrer Grundstruktur jenen ähneln (weil eine konkrete Zweck -oder Ordnungsstörung -oder auch nur Gefährdung in der Regel nicht erforderlich ist), kann auf die zu den abstrakten Gefährdungsverstößen erarbeiteten Regeln im grundsätzlichen zurückgegriffen werden.

Bei der unselbständigen Begehung durch Unterlassen (Nichtverderung der Verwirklichung eines abstrakten Gefährdungstatbestandes durch einen Aktivtäter) leitet sich die Haftung des Überwachungsgaranten daraus ab, daß die gefährliche Verhaltensweise des Haupttäters bestimmte schädliche Folgen in den Bereich des Wahrscheinlichen rückt. Auf dieser Erfolgshaftung für schädliche, unwerthaltige Erfolge beruht das gesamte Garantenprinzip überhaupt.

Zeichnet sich nun aber der durch den formalen Ungehorsamsverstoß bewirkte sog. "reine Rechtserfolg" gerade durch den Mangel an Sozialschädlichkeit aus[2], und liegt sein Unwert ausschließlich in einer "Erschütterung des Rechtsbewußtseins", wie Erik Wolf es nennt,[3] so kann er nicht Anknüpfungspunkt für eine Garantenhaftung sein. Als Erfolg im weiteren Sinne, wie wir ihn verstehen, d.h. als ein unwerthaltiger Erfolg, kann die Verwirklichung eines derartigen Tatbestandes nur dann gelten, wenn damit wenigstens ein gewisses Maß an Sozialschädlichkeit verbunden ist, das dem Unwertgehalt eines abstrakten Gefährdungsdelikts annähernd gleichkommt. Das ist der Fall,

1) Diese Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit geht zurück auf Erik Wolf, Frank-Festschr. S. 564.
2) so auch Erik Wolf a.a.O., S. 567
3) a.a.O.

wenn die konkrete Zuwiderhandlung tatsächlich einen Verwaltungsschaden i.S. einer Störung der jeweils geschützten Verwaltungsfunktion oder des rechtlichen Zwecks oder zumindest die nahe Wahrscheinlichkeit (konkrete Gefahr) einer Störung mit sich bringt. Das soll an einem Beispielsfall erläutert werden. Nehmen wir an, der V beobachtet, wie sein 16jähriger Spräßling mit dem neu erworbenen Moped einige Proberunden um die nächste Häuserzeile fährt. S führt -wie V weiß- seinen Führerschein nicht mit sich. Vor den Augen des V durchfährt er mehrdach eine in der höchstzulässigen Geschwindigkeit auf 30 Km/h begrenzte Straßenstelle mit 50 km/h und hält schließlich in kurzer Entfernung vom Beobachtungsposten des V unmittelbar vor einem Fußgängerüberweg an, um dort mit seinem Freund F eine Unterhaltung zu führen. Dadurch wird einem herannahenden PKW-Fahrer die Sicht auf einen Fußgänger versperrt, der gerade im Begriff ist, an dieser Stelle die Fahrbahn zu überqueren. Bei konsequenter Anwendung der hier erarbeiteten Grundsätze zur Nichtverhinderung fremder Deliktsverwirklichung im Hinblick auf abstrakte Gefährdungstatbestände wäre V für alle Verstöße des S als Beteiligter unterschiedslos verantwortlich zu machen. Und würde der S aufgrund dieser Vorfälle durch vollziehbare Verfügung von der Polizei -und Ordnungsbehörde zum Verkehrsunterricht vorgeladen, dieser Vorladung aber fernbleiben, so würde V selbst wegen dieser Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 49 IV Nr. 6 StVO als Beteiligter der Buße verfallen sein.

Es fragt sich, ob ein solches Ergebnis dem Rechtsgefühl standhält. Was das Nichteinschreiten gegen das zu schnelle Fahren angeht, gewiß, denn insoweit handelt es sich um einen echten abstrakten Gefährdungsverstoß, der den Keim eines sozialschädlichen Erfolgs in sich trägt. Auch der Verstoß gegen § 12 I Nr. 4 StVO (Halten vor Fußgängerüberwegen) stellt ein potentiell gefährliches Verhalten dar, das schon für sich selbst gesehen auch in Beziehung auf den V als ein Unrechtserfolg gewertet werden kann.

Hingegen ist das Nichtmitführen der Fahrerlaubnis (Verstoß gegen §§ 4 II, 69a Nr. 5 StVZO) als typischer Formalverstoß

mit Ungehorsamscharakter zu beurteilen. Der Verstoß ist in diesem konkreten Fall nicht geeignet, einen Verwaltungsschaden und schon gar nicht, einen echten Sozialschaden zu erzeugen. Gleiches gilt hinsichtlich der Nichtbefolgung der Ladung zum Verkehrsunterricht, wenn S die Verkehrsregeln durchaus kannte. Insoweit liegen also "reine Rechtserfolge" vor. Hierfür paßt das Prinzip der Garantenhaftung nicht. Gegen eine Anwendung dieses Prinzips auf derartige Fälle der Nichthinderung fremder Zuwiderhandlung sprechen auch folgende Überlegungen: Jeder formale Ungehorsamsverstoß erscheint seinem Wesen nach als eine persönliche Auflehnung des Täters gegen die betreffende Ordnungsvorschrift. Mag es nun aus dem Präventivgedanken gerechtfertigt sein, den Täter dennoch durch eine entsprechende Sanktion an die Einhaltung solcher Ordnungsregeln im Interesse einer reibungslosen Verwaltungstätigkeit zu erinnern[1], so trifft diese Erwägung jedenfalls für den untätigen Überwachungsgaranten nicht zu, denn dieser lehnt sich nicht selbst gegen die Ordnung auf.

Das gilt umsomehr, wenn die Unbotmäßigkeit des Aktivtäters noch an besondere persönliche Merkmale oder Umstände geknüpft ist, wie im Falle der Vorladung zum Verkehrsunterricht. Die Verhängung einer Buße gegen die Aufsichtsperson käme dort einer Buße für eine schlechte staatsbürgerliche Haltung gleich.

Schließlich sind rechtspolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Wollte man die Grundsätze der Beteiligung an fremder Zuwiderhandlung durch Unterlassen schematisch auf alle Formalverstöße -die allemal Bagatellcharakter haben- anwenden, so würde die Buße ihrer Bedeutung als staatlicher Sanktion für begangenes Unrecht beraubt. Sie würde zu einem mehr oder weniger schicksalhaften Übel degradiert und verwässert.

Es ist daher der allgemeine Grundsatz aufzustellen, daß Verwaltungswidrigkeiten als Formal -oder Ungehorsamsverstöße niemals Anknüpfungspunkte für einen unechten Unterlassungsverstoß in der Art der Beteiligung durch Nichthinderung

1) Obwohl auch dies nicht unbedenklich ist; so spricht sich z.B. Göhler (Kommentar § 47 Anm. 2 D) dafür aus, im Rahmen des Opportunitätsprinzips bloße Formalverstöße unverfolgt zu lassen; ähnlich Jagusch, Straßenverkehrsrecht § 27 StVG, Anm. II 6

Nichthinderung fremder Zuwiderhandlung abgeben können. Diese Fähigkeit fehlt ihnen konstruktiv deshalb, weil sie als reine Rechtserfolge nicht in das Prinzip der Garantenhaftung passen.[1]

Bei Verwaltungswidrigkeiten ist also in derartigen Fällen unselbständiger Unterlassensbegehung immer zu prüfen, ob der Aktivtäter mit seiner Zuwiderhandlung tatsächlich einen Verwaltungsschaden , eine Zweckstörung oder eine Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutvorbereichs hervorgerufen hat.[2] Als Verwaltungsschaden in diesem Sinne muß freilich nicht nur eine Behinderung der Verwaltungstätigkeit, sondern auch schon das Hervorrufen unnötigen Verwaltungsaufwands angesehen werden.

Eine Ausnahme muß dieser Grundsatz allerdings erleiden:

Läßt sich das Untätigbleiben des Garanten als Tatbestandsverwirklichung in mittelbarer Täterschaft begreifen,[3] - wie etwa in den Fällen eines nicht verantwortlich handelnden Aktivtäters- so schlagen die obigen Überlegungen nicht durch, weil dann schon nach allgemeinen Regeln dem Garanten das gesamte Verhalten seines "menschlichen Werkzeugs" als eigenes zugerechnet wird, so daß dessen Zuwiderhandlung als eigene Handlung des Garanten im weiteren Sinne erscheint. Ein solcher Fall läge z.B. vor, wenn der Aufsichtspflichtige es zuläßt, daß ein Kind, welches die Verkehrsregeln noch nicht kennt, trotz Rotlicht auf einem Fußgängerüberweg eine weit und breit leere Straße überquert.[4]

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf das französische Polizeistrafrecht. Dort bemißt sich das Erfordernis eines Schuldnachweises danach, ob ein Delikt mit schädlichem Erfolg oder ein reines Formaldelikt vorliegt; vgl. dazu Mattes, Materialien 2. Band 1955 S. 499 ff.

2) Natürlich wird eine fehlerfreie Ermessensbetätigung der Verwaltungsbehörde in den meisten Fällen schon aufgrund des Opportunitätsprinzips zu dem hier vertretenen Ergebnis gelangen. Gleichwohl kann auf exakte Kriterien für die Verfolgbarkeit auch derartiger Verstöße nicht verzichtet werden.

3) Auf die sehr streitige Frage, ob ein Unterlassungsdelikt in mittelbarer Täterschaft überhaupt möglich ist, wird an anderer Stelle ausführlich einzugehen sein.

4) Ein Formalverstoß ist in diesem Falle deshalb anzunehmen, weil eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer in einem solchen Fall völlig ausgeschlossen, also nicht einmal die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung gegeben ist.

bb) Selbständige Unterlassungstäterschaft bei Verwaltungswidrigkeiten und Formalverstößen?

Offen geblieben ist bisher, ob die in Rede stehenden spezifisch ordnungsrechtlichen Verstöße auch in selbständiger Unterlassungstäterschaft begangen werden können. Auch dazu wäre erste Voraussetzung, daß ihnen im konkreten Fall ein abzuwehrender tatbestandsmäßiger Erfolg -im engeren Sinne- zumindest assoziierbar wäre.

Zur Einführung diene folgendes Beispiel: Der Kraftfahrzeughalter X hat sein Fahrzeug an Y verliehen. Y bringt ihm nun die Wagenschlüssel zurück mit dem Bemerken, er habe das Fahrzeug mangels anderweitiger Parkmöglichkeit in einigen hundert Metern Entfernung in einer Parkverbotszone abgestellt. Kann X als Täter einer Ordnungswidrigkeit nach §§ 12, 49 StVO belangt werden, wenn er es unterläßt, den Wagen dort fortzuschaffen?

In der Rechtsprechung sind ähnliche Fälle wiederholt in bejahendem Sinn entschieden worden. Es wird zumeist allein darauf abgestellt, daß durch den verbotswidrig geparkten Wagen ein rechtswidriger Zustand geschaffen werde, den der Halter zu beseitigen verpflichtet sei.[1]

Zuzustimmen ist dieser Rechtsprechung zunächst insofern, als der KFZ-Halter als Gefahrenquellengarant für alle von seinem Fahrzeug ausgehenden Störungen unmittelbar verantwortlich ist und somit als selbständiger Unterlassungstäter in Betracht kommt. Dadurch unterscheidet sich dieser Fall von den bisher besprochenen Fällen. Die Erwägungen, die dazu führten, eine Erfolgshaftung des Überwachungsgaranten wegen der Nichthinderung fremder aktiver Formalverstöße abzulehnen, treffen hier -jedenfalls uneingeschränkt- nicht zu. Hier kommt eine eigene Unbotmäßigkeit des KFZ-Halters in Betracht.

Es erhebt sich aber einmal die Frage, ob der "rechtswidrige Zustand, an den die Rechtsprechung die Erfolgsabwendungspflicht anknüpft, nicht auch als ein "reiner Rechtserfolg"

1) vgl. u. a. Bay ObLG VRS 24, 460; OLG Stuttgart VRS 20, 78; DAR 66, 165; Bay ObLG VRS 11,6

im oben dargelegten Sinne zu werten ist, und zum zweiten, ob nicht das Wegschaffen des Fahrzeugs aus der Verbotszone bereits als ein Wiedergutmachen erscheint und deshalb außerhalb dessen liegt, was der Tatbestand vom Garanten verlangt. Letztere Frage wäre sicher zu bejahen, wenn tatsächlich nur ein reiner Rechtserfolg vorläge. Denn dieser ist mit dem Eintritt des rechtswidrigen Zustandes immer sogleich auch end - gültig abgeschlossen. Der Unwertgehalt einer schlicht formalen Gesetzwidrigkeit wird nicht dadurch gesteigert, daß die rein abstrakte Gesetzesverletzung sich zeitlich hinauszögert. Dem "Wachstum der Dauer" entspricht hier keine Unrechtssummierung. In diesem Sinn darf man das verbotswidrige Parken aber nicht verstehen. Der Zweck einer Parkverbotsregelung liegt darin, den fließenden Verkehr vor Beeinträchtigungen durch abgestellte Fahrzeuge zu schützen.[1] Dieser Zweck wird durch eine Zuwiderhandlung in jedem Fall zumindest abstrakt gefährdet. Das muß als Unrechtserfolg im Rahmen einer selbständigen Unterlassensbegehung genügen.Die Distanz des Unterlassenden zum tatbestandlichen Schutzzweck ist hier nicht so groß wie bei der Beteiligung an fremder Zuwiderhandlung durch Unterlassen. Es können daher grundsätzlich die zu den abstrakten Gefährdungsverstößen entwickelten Regeln angewendet werden; jedoch erfordert die im Vergleich zu jenen Tatbeständen bestehende relative Geringwertigekit des geschützten Zwecks bzw. Rechtsgutvorbereichs eine Einschränkung: Es müssen als "reine Rechtserfolge" diejenigen verbotswidrigen Zustände aus dem Begriff des abzuwehrenden Erfolgs i.S.d. § 8 OWiG ausgeschieden werden, bei denen im konkreten Fall eine tatsächliche Zweckbeeinträchtigung -oder gefährdung völlig ausgeschlossen ist. Die jeweilige konkrete rechtswidrige Situation muß zumindest g e e i g n e t sein, sich zu einem Schadenserfolg im Sinne einer Zweckstörung bzw. eines Verwaltungsschadens oder einer konkreten Gefahr fortzuentwickeln, d.h. es muß

1) vgl. Cramer Straßenverkehrsrecht Rdn. 5 zu § 12 StVO

eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines derartigen Erfolgs bestehen. Ist dies absolut ausgeschlossen, so liegt kein tauglicher Unrechtserfolg i.S.d. § 8 OWiG vor. Als ein solcher Beispielfall ließe sich im Hinblick auf § 12 StVO etwa folgende Situation denken: Man stelle sich vor, die zuständige Behörde habe formell einwandfrei wegen einer Großveranstaltung eine Straße vorübergehend in voller Länge zur Parkverbotszone erklärt und entsprechende Verbotsschilder aufgestellt. Nun wird die Veranstaltung kurzfristig abgesagt, ohne daß zugleich die Verbotsschilder entfernt werden. Wenn nun ein KFZ-Halter seinen Wagen, den er am Abend zuvor ordnungsmäßig an der Straße abgestellt hatte, bevor diese zur Verbotszone erklärt wurde, trotz der veränderten Situation weiter dort stehen läßt, so liegt formal ein rechtswidriger Zustand vor. Es wäre aber unsinnig, hier von einem abzuwehrenden -drohenden- Unrechtserfolg zu sprechen.
Aus diesen Ausführungen erhellt auch schon, daß es sich bei Tatbeständen wie bei § 12 StVO -obwohl der "Erfolg" im Eintritt eines rechtswidrigen Zustands besteht- nicht um "Zustandsdelikte" im eigentlichen Sinne, also um Delikte handelt, bei denen mit dem Eintritt des beschriebenen Erfolgs bzw. Zustands der Schadenserfolg sogleich endgültig eingetreten und abgeschlossen ist. Vielmehr ergibt sich aus der den abstrakten Gefährdungsdelikten ähnelnden Natur der Verwaltungswidrigkeiten zumeist deren Charakter als "Dauerdelikt". Bei § 12 StVO speziell könnte man von einem geradezu klassischen Fall eines Dauerdelikts sprechen, denn durch den verbotswidrig abgestellten Wagen drohen dem fließenden Verkehr ständig neue Beeinträchtigungen.
Die dargelegte Rechtsprechung zum Parkverstoß durch Unterlassen verdient daher insoweit Zustimmung, als im konkreten Fall tatsächlich eine Verkehrsstörung eintritt oder konkret zu befürchten ist. Dagegen reicht ein rein formaler rechtswidriger Zustand als Anknüpfungspunkt für eine Garantenunterlassung nicht aus.

Ein wenig anders liegt die Problematik ihrem Schwerpunkt nach bei der Bestimmung des tatbestandsmäßigen Erfolgs jener typischen Verwaltungswidrigkeiten, die Zuwiderhandlungen gegen staatliche Kontroll -und Überwachungsmaßnahmen beschreiben, sowie bei Tatbeständen, deren Bußdrohung an falsche Auskünfte, Angaben oder Meldungen anknüpft. Die große Masse dieser Tatbestände setzt einen äußeren Erfolg -etwa die tatsächliche Beeinträchtigung oder Störung einer Kontrolle- nicht voraus.[1]
Es stellt sich dann die Frage, ob ein derartiger Erfolg, falls er im konkreten Fall tatsächlich eintritt, noch "zum Tatbestand gehört".
Bei den Falschmeldungstatbeständen fragt es sich, ob bereits der Zugang der Fehlinformation, die entsprechende Kenntnis der Behörde oder erst ein dadurch bewirkter Irrtum den abzuwehrenden tatbestandsmäßigen Erfolg darstellt. Man kann sogar erwägen, ob nicht noch die weitere Folge -das Ergreifen unangemessener Maßnahmen oder das Nichtergreifen notwendiger Maßnahmen seitens der Behörde- n o c h zum Tatbestand gehört.
Für die vergleichbar strukturierten "Äußerungsdelikte" des Strafrechts wird, wie bereits oben[2] dargelegt wurde, vielfach die Meinung vertreten, daß dort die Kenntniserlangung durch den Empfänger der Äußerung den tatbestandsmäßigen Erfolg ausmache.
Die Lösung des Problems muß sich hier wiederum aus einer entsprechenden Anwendung der oben zu den abstrakten Gefährdungstatbeständen entwickelten Grundsätze ergeben, da die Grundstrukturen dieselben sind.
Für die abstrakten Gefährdungstatbestände wurde festgestellt, daß ihr Erfolgsunwert letztlich entscheidend durch den im Hintergrund stehenden Schadenserfolg bestimmt wird. Das gilt auch für die hier behandelten Verwaltungswidrigkeiten.

1) Einige wenige Tatbestände dieser Kategorie erfordern allerdings ausdrücklich den Erfolg einer Beeinträchtigung, wie z.B. § 33 II Nr. 4 AWG, der eine "Erschwerung oder Verhinderung von Nachprüfungen" voraussetzt.

2) vgl. oben A (Problemstellung)

Bei den Tatbeständen zum Schutz staatlicher Kontroll -und Überwachungsmaßnahmen liegt der eigentliche Unrechtserfolg -der Verwaltungsschaden- in der Vereitelung oder Erschwerung der Maßnahme. Es wäre ungereimt, einen tatsächlich eingetretenen derartigen Erfolg nicht mehr als tatbestandszugehörig anzusehen, weil der Gesetzgeber für die Vollendung dieser Zuwiderhandlungen im Interesse eines möglichst umfassenden Schutzes der Kontrollorgane auf die Herbeiführung dieses Erfolgs im Tatbestandswortlaut v e r z i c h t e t.
Auch die vorhergehende Erfolgsstufe -die konkrete Gefährdung einer Maßnahme- muß dann tatbestandsmäßig sein. Zur genauen Begründung kann auf die Erwägungen im Rahmen der abstrakten Gefährdungstatbestände verwiesen werden.
Entsprechendes gilt nun auch für diejenigen Tatbestände, die Fehlinformationen der Behörde in Form von falschen Angaben, Auskünften, Meldungen oder Anzeigen unter Bußdrohung stellen. Dort begründet schon der Zugang der falschen Information einen tatbestandsmäßigen Erfolg -falls nicht die Fehlinformation völlig ungeeignet ist, einen Verwaltungsschaden hervorzurufen.[1] Erst recht muß die Kenntnisnahme der Behörde als ein solcher Erfolg angesehen werden. Beide genannten Folgen schaffen die potentielle Gefahr , daß bei der Behörde ein Irrtum erregt wird, aufgrund dessen diese fehlerhafte Maßnahmen ergreift. Es entsteht eine Situation ähnlich der beim abstrakten Gefährdungsdelikt. Der Irrtum der Behörde bildet die Stufe der konkreten Gefährdung, weil dadurch eine Wahrscheinlichkeit begründet wird, daß ein Verwaltungsschaden -Ergreifen fehlerhafter Maßnahmen- entsteht. Auch diese Erfolge gehören daher -sofern sie tatsächlich eintreten- noch zum Tatbestand.
Der betreffende Garant hat also auch bei diesen Tatbeständen die jeweils nächste Erfolgsstufe abzuwenden. Er muß jede Intensivierung des Unrechtserfolgs bis hin zum letztlich entscheidenden Verwaltungsschaden verhindern, letzteren freilich nur, solange die Behörde noch in einem Irrtum befangen ist.

1) vgl. die Ausführungen oben zu § 12 StVO

Hat die Behörde ihren Irrtum erkannt und ergreift sie dennoch unangemessene Maßnahmen oder unterläßt sie gebotene Maßnahmen, so kann der daraus entstehende Verwaltungsschaden nicht mehr zu Lasten des abwehrpflichtigen Garanten gehen. Denn auf die Entschließung der Behörde hat er keine Einflußmöglichkeit. Mit der Aufklärung des Irrtums hat er in jedem Fall seiner Garantenpflicht genügt.

cc) Der abzuwehrende Erfolg bei Verwaltungswidrigkeiten und das Prinzip der Zumutbarkeit

Die maßgebenden Beurteilungskriterien für die Bestimmung der Tatbestandszugehörigkeit eines Erfolgs stehen im Hinblick auf die Verwaltungswidrigkeiten nunmehr fest.
Es gibt aber noch einen weiteren Aspekt, der in diesem Zusammehang Beachtung verdient: die einschränkende Wirkung des Prinzips der Zumutbarkeit, welches als regulatives Prinzip auch bei Unterlassungsverstößen im Ordnungsrecht seinen Platz hat.[1]
Inwiefern steht steht dieses Prinzip im Zusammenhang mit dem Begriff des abzuwehrenden Erfolges?
Bei der Feststellung der Zumutbarkeit normgemäßen Handelns sind die betroffenen gegenseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Dabei kommt es entscheidend auf die Tragweite und Bedeutung der drohenden Gefahr (des Schadens) einerseits und auf eigene billigenswerte Interessen des Unterlassers andererseits an.[2] Je schwerer das drohende Übel wiegt, desto strenger müssen die Anforderungen an die Opferbereitschaft des Garanten sein, um so mehr kann ihm an persönlichem Einsatz zugemutet werden.[3]
Da nun aber die bei den Verwaltungswidrigkeiten abzuwehrenden Erfolge -Ordnungsstörungen, Zweckgefährdungen oder Beeinträchtigungen von Rechtsgutvorfeldern- vielfach nur Bagatellcharakter tragen und oft auch vom Rechtsgefühl kaum als wirkliche "Rechtsübel" gewertet werden, kann dem Unterlassungstäter bei diesen Zuwiderhandlungen meist nur ein geringes Maß an

1) vgl. Cramer, Grundbegriffe 13/24
2) Schönke-Schröder Vorbem. vor § 1 Rdn. 94; § 330c Rdn. 20
3) vgl. BGHSt 4, 23; Granderath S. 109; Vogt ZStW 63, 407; Henkel, Mezger-Fetschrift S. 249 f.

Opferbereitschaft zugemutet werden.
Durch den geringen Unwertgehalt des Erfolges bei den Verwaltungswidrigkeiten wird in der Regel das Maß der zumutbaren Handlungen reduziert. Das bedeutet etwa für den Fall des oben erörterten verbotenen Parkens, daß dem KFZ-Halter die Entfernung seines Fahrzeugs aus der Parkverbotszone durchaus zumutbar ist, wenn er von dem rechtswidrigen Zustand seines Wagens zur Hauptverkehrszeit in Kenntnis gesetzt wird und zu befürchten ist, daß der Verkehrsfluß erheblich gestört wird. Andererseits wird man eine mit erheblichem Aufwand verbundene Entfernung des Fahrzeugs (z.B. Wegschaffen zu einem weit entfernten Parkplatz als einziger Parkmöglichkeit außerhalb der Verbotszone) dann nicht verlangen können, wenn zur fraglichen Zeit der Verkehr nur spärlich fließt, so daß nur eine geringfügige Behinderung zu erwarten ist, oder wenn es sich um ein zeitlich befristetes Parkverbot handelt und die Zeitgrenze zur verbotsfreien Parkperiode kurz bevorsteht.

IV. Zusammenfassung zu § 6

Als Ergebnis unserer Untersuchungen zum Erfolgsbegriff ist folgendes festzuhalten:

Als tatbestandsmäßige Erfolge i.S.d. § 8 OWiG kommen nur diejenigen Veränderungen oder Zustandsperpetuierungen der realen Wirklichkeit in Betracht, die sich als unerwünschte, d.h. tatbestandlich mißbilligte Folgen oder Wirkungen darstellen. Diese brauchen nicht notwendig eine sinnlich wahrnehmbare Veränderung der physischen Außenwelt zu erzeugen oder darzustellen. Die betreffende Folge oder Wirkung muß nur von der Handlung logisch abtrennbar sein. Trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 8 OWiG braucht der abzuwehrende Erfolg sich nicht notwendig als ein vom Gesamttatbestand abtrennbarer unselbständiger Bestandteil desselben darzustellen (Erfolg im engeren Sinne). Vielmehr kann bei unselbständiger Unterlassensbegehung (Beteiligung) auch die gesamte, einen Bußgeldtatbestand verwirklichende Handlung einer zweiten Person den "zum Tatbestand gehörenden Erfolg" ausmachen (Erfolg im weiteren Sinn).

Die Struktur eines Tatbestandes als "schlichtes Tätigkeitsdelikt" oder als abstrakter Gefährdungsverstoß schließt einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg nicht aus. Voraussetzung für die Tatbestandszugehörigkeit eines Erfolges ist bei diesen Tatbeständen im Falle der selbständigen Unterlassungstäterschaft lediglich, daß der tatbestandsmäßigen Handlung eine entsprechende Folge assoziierbar, bzw. dem Tatbestand subsumierbar ist. Die diesbezüglichen Kriterien ergeben sich aus dem jeweils geschützten Rechtsgut oder dem Schutzzweck des betreffenden Tatbestandes oder Rechtsgutvorfeldes.
Bei den abstrakten Gefährdungstatbeständen ist dem Tatbestand immer diejenige Folge subsumierbar, an die sich die Vermutung der Gefährlichkeit knüpft. Bei den ähnlich strukturierten Verwaltungswidrigkeiten setzt der "Erfolg" entweder den Eintritt einer Störung von Verwaltungsfunktionen (Verwaltungsschaden), einer Zweckbeeinträchtigung bzw. Beeinträchtigung eines "Rechtsgutvorfelde" oder einen Zustand voraus, der eine solche Störung wahrscheinlich macht (konkrete Gefahr). Eine rein abstrakte Gefahr genügt hier nicht. Es muß wenigstens ein für den Eintritt eines Verwaltungsschadens geeigneter Zustand bestehen, so daß letzterer nicht völlig unwahrscheinlich ist.
Wenn -wie bei allen abstrakten Gefährdungstatbeständen- dem Tatbestand mehrere Erfolgsstufen subsumierbar sind, kann es schwierig sein zu entscheiden, welche Folgen einer tatbestandsmäßigen Handlung schon in den Assoziierungsbereich des Tatbestandes fallen und welche n o c h zu ihm gehören. Letztere Frage ist danach zu entscheiden, ob die erforderliche Handlung noch Schadensabwehr oder bereits als Wiedergutmachen anzusehen ist. Dabei kommt es darauf an, welcher Folge oder Wirkung der letztlich entscheidende Unwertgehalt anhaftet. Das ist immer der Schaden bzw. die Verletzung. Bei allen Arten von Gefährdungsverstößen gehören daher alle Erfolgsstufen von der Beendigung der tatbestandsmäßigen Handlung bis zum Eintritt des Schadens zum Tatbestand, mag auch ein solcher zur Tatbestandsverwirklichung i.S. einer Vollendung nicht gefordert sein.

Gelingt es dem Garanten nicht, die erste Gefährdungsstufe abzuwenden, so muß er die Weiterentwicklung der schadensgeneigten Situation bis zur nächstfolgenden Erfolgsstufe verhindern.
Bei Verletzungsverstößen, die zur Kategorie der "Zustandsdelikte" gehören, ist der Schadenserfolg mit dem Eintritt des mißbilligten Zustands sogleich endgültig abgeschlossen. Hingegen ist eine weitere Erfolgsabwendung möglich und geboten, wenn dem Wachstum der Dauer eine Unrechtssteigerung entspricht (Dauerdelikt). Im Falle einer Unterlassensbeteiligung in der Art der Nichthinderung fremder Zuwiderhandlung ist im Hinblick auf Verwaltungswidrigkeiten und Formalverstöße zu beachten, daß der "reine Rechtserfolg" einer bloß formalen Tatbestandsverwirklichung ohne die mindestens konkrete Gefährdung eines tatbestandlichen Schutzzwecks oder Rechtsgutvorbereichs kein tauglicher Erfolg i.S. d. § 8 OWiG sein kann. Es ist also festzustellen, ob in concreto eine Beeinträchtigung oder wenigstens eine tatsächliche Gefahr für den Eintritt eines Verwaltungsschadens gegeben ist.
In jedem Fall ist bei abstrakten Gefährdungsverstößen und insbesondere bei schlichten Verwaltungswidrigkeiten das Gewicht des bevorstehenden Erfolgs als drohendes "Übel" unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit des Handelns sorgfältig zu prüfen.

§ 7 Die Garantieverhältnisse im Ordnungswidrigkeitenrecht

A) Die Bedeutung der beiden grundlegenden Sammelgruppen der Garantieverhältnisse im Hinblick auf die spezielle Regelungsmaterie des Ordnungsrechts

Mit den voraufgegangenen Erörterungen wurde eine Basis geschaffen für eine Betrachtung der Garantieverhältnisse als Sammelgruppen unter dem besonderen Blickwinkel des Ordnungsrechts. Es wird z.T. die Meinung geäußert, die im Ordnungsrecht relevanten Garantenstellungen seien vor allem jene, die auf Gesetz beruhten.[1] Das trifft den Kern der Sache nicht. Wenn es im Hinblick auf die einzelnen Garantieverhältnisse im Ordnungsrecht Besonderheiten gibt, so können diese sich allein aus den hier vorherrschenden Tatbestandsstrukturen der abstrakten Gefährdungsverstöße und Verwaltungswidrigkeiten ergeben.

Eine wichtige Besonderheit dieser Tatbestandstypen besteht nun darin, daß sie vielfach nur die Aufrechtserhaltung von allgemeinen oder speziellen Ordnungswerten oder -wie bereits oben dargelegt- den Schutz abstrakter Rechtsgutvorfelder, selten jedoch den Schutz konkret bestimmbarer I n d i v i d u a l rechtsgüter bezwecken.[3] Und das bedeutet für die einzelnen Garantieverhältnisse innerhalb der Sammelgruppe "Beschützergarantie", daß es für eine derartige Garantenstellung zumeist an einem geeigneten Bezugspunkt fehlt. Denn wenn die Garantieposition des Beschützergaranten aus dessen besonderer Beziehung zu einem Rechtsgut erwächst, welches ihm speziell anvertraut ist, dann setzt dies voraus, daß das betreffende Rechtsgut (Schutzgut) hinreichend genau und vor allem i n d i v i d u e l l bestimmt ist. In der Praxis können daher im Ordnungsrecht nur ausnahmsweise Schutzpflichten eines Beschützergaranten -außerhalb der in manchen Tatbeständen bereits vom Gesetz eingebauten Beschützergarantien- bedeutsam werden.[4]

---

1) so Roth-Rebmann-Hermann § 1 Bem. 7
2) Im übrigen ist eine eigenständige Kategorie von "Garantieverhältnissen aus Gesetz" nach unserer Auffassung ohnehin nicht anzuerkennen (s. oben § 4 A II).
3) vgl. Cramer Grundbegriffe 13/27; Lange JZ 1956, 78; Göhler Einführung in das Nebenstrafrecht S.7;
4) ähnlich Cramer Grundbegriffe 13/28

Zu denken wäre etwa unter dem Blickwinkel solcher Tatbestände, die ausschließlich die öffentliche Ordnung innerhalb bestimmter Lebensbereiche schützen, an eine Beschützerposition jener im öffentlichen Dienst stehenden Personen, denen qua Übernahme (Beruf, Rechtsgeschäft) gerade das Schutzgut "öffentliche Ordnung" besonders anvertraut ist, wie z. B. den Polizisten oder den Bediensteten der Ordnungsämter und ähnlicher Behörden. Ob insoweit tatsächlich Schutzgarantieverhältnisse bestehen, wird sogleich zu untersuchen sein.
Zunächst soll geprüft werden, inwieweit die aufgezeigte Eigenart der abstrakten Gefährdungsverstöße eine Begehung durch Unterlassen eines Beschützergaranten überhaupt zuläßt.
Anknüpfen möchte ich an ein von Cramer gebildetes Beispiel: Eine Mutter geht mit ihrem Kind neben einer verkehrsreichen Straße spazieren. Weil sie nicht aufpaßt kann das Kleinkind sich losreißen und läuft plötzlich auf die Straße, wo ein Autofahrer nur durch eine Notbremsung verhindern kann, daß das Kind überfahren wird. Der Autofahrer kommt ins Schleudern und gerät auf den Grünstreifen. Cramer meint, hier sei die Mutter aus zwei Gesichtspunkten Unterlassungstäterin des § 1 StVO: einmal als Gefahrenquellengarantin, weil sie das Kind als potentielle Gefahrenquelle für den übrigen Verkehr ungenügend überwacht und so eine konkrete Gefahr verschuldet habe, zum andern aber auch wegen der Gefährdung des Kindes als Schutzgarantin kraft natürlicher Verbundenheit sowie kraft Gesetzes (§§ 1626, 1631 BGB).[1]
Was erstere Feststellung angeht, so hat Cramer zweifellos recht, bezüglich letzterer ist ihm aus folgenden Gründen zu widersprechen: Bei § 1 StVO handelt es sich um eine ausschließlich um die Sicherheit des Verkehrs besorgte Bestimmung. Tatbestandsmäßig ist nur eine Gefährdung oder Belästigung a n d e r e r Verkehrsteilnehmer durch eigene Teilnahme am Verkehr. M. E. will die Bestimmung nur diejenigen schädlichen Auswirkungen auf fremde Rechtskreise erfassen, die Ausfluß jener latenten Gefahren sind, welche durch die Teilnahme gerade des Täters am öffentlichen Verkehr

1) vgl. Grundbegriffe 13/28

heraufbeschworen werden. Hier ist zwar die Mutter Verkehrsteilnehmerin. Aber nicht durch i h r e (der Mutter) Aktivität wird das Kind gefährdet, sondern durch den Kraftfahrer, für dessen Verhalten sie nicht verantwortlich ist. Der Fall liegt hier nicht anders, als wenn das Kind etwa unter den Blicken der aus dem Fenster schauenden Mutter durch das offene Gartentor des Hausgrundstücks nach draußen auf die Straße gelaufen und dort gefährdet worden wäre. Bei dieser Fallgestaltung bestünde wohl nicht der geringste Zweifel, daß § 1 StVO nicht die geeignete Vorschrift für ein Unterlassungsdelikt der Mutter im Verhältnis zu dem Kind abgäbe.
Der entscheidende -von Cramer übersehene- Aspekt ist aber m.E. folgender: Eine Garantenhaftung qua Beschützergarantie setzt voraus, daß sich die Schutzpflicht des Garanten auf das gesamte Schutzgut des anzuwendenden Tatbestandes erstreckt. Hier umfaßt die Schutzpflicht der Mutter sicher Leben und Gesundheit des Kindes. Es ist aber fraglich, ob § 1 StVO diesen Schutz überhaupt bezweckt. Leben und Gesundheit des Menschen sind bereits durch §§ 223, 230, 212 StGB geschützt. Man könnte daher die Auffassung vertreten, Schutzgut des § 1 StVO seien nicht diese Rechtsgüter einzelner Personen, sondern die Gesamtheit aller Verkehrsteilnehmer, als dessen Reflex der Schutz des Einzelnen zu betrachten sei. Hiergegen spricht allerdings, daß die Vorschrift ausdrücklich die Gefährdung oder Schädigung e i n e s anderen verlangt. Jedenfalls kann aber dieser Individualschutz nicht alleiniger Zweck des § 1 StVO sein. Denn dann wäre es unerklärlich, daß gerade die im öffentlichen Verkehr begangene fahrlässige Körper g e f ä h r d u n g sowie die f a h r l ä s s i g e Sachbeschädigung in den Verfolgungsbereich einer Bußgeldnorm gerückt werden, wohingegen ansonsten nur die Körper v e r l e t z u n g bzw. die vorsätzliche Sachbeschädigung von einer strafrechtlichen Sanktion bedroht sind. Es muß hier ein weiteres Schutzgut dem Tatbestand innewohnen, welches der Gefährdung eines anderen Menschen oder einer fremden Sache gerade im Straßenverkehr einen gesteigerten Unwert verleiht. Und dieser liegt nun eindeutig darin, daß die Vorschrift zumindest a u c h einen

Kollektivschutz des gesamten öffentlichen Verkehrs bezweckt, weil mit jeder Einwirkung auf das Verkehrsgeschehen für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen potentielle Gefahren heraufbeschworen werden. Wer sich in den öffentlichen Verkehr begibt, ist deshalb zu besonderer Wachsamkeit aufgerufen. Daraus rechtfertigt sich eine gesteigerte rechtliche Verantwortlichkeit gegenüber dem allgemeinen Lebenswandel.
Mit diesem weiteren -kollektiven- Schutzgut des § 1 StVO hat nun aber die Beschützerstellung der M offenbar nichts zu tun. Ihre Fürsorgepflicht erstreckt sich allein auf das Kind. Verletzt sie diese Pflicht, so bemißt sich ihre rechtliche Verantwortlichkeit nach den Körperverletzungs -und Tötungstatbeständen des StGB -und allein nach diesen.
Die Meinung von Cramer ließe sich rein formal freilich belegen mit dem Rechtspflichtgedanken der älteren Lehre. Aber wir erblicken den Vorzug einer materiellen Begründung der Garantenverhältnisse ja gerade darin, daß der jeweils maßgebenden Garantenbeziehung unter dem Blickwinkel tatbestandlicher Eigenheiten sinn -und zweckentsprechend Rechnung getragen werden kann. § 1 StVO enthält -obwohl an sich unzweifelhaft konkretes Gefährdungs -bzw. Verletzungsdelikt- nach der hier vertretenen Auffassung einen typischen Wesenszug der abstrakten Gefährdungsverstöße. Bei jenen bildet in aller Regel eine unbestimmte Vielzahl von Schutzgütern den einheitlichen Schutzzweck des Tatbestandes, so daß eine individuelle Schutzbeziehung überhaupt nicht möglich ist. Genauso verhält es sich mit dem dargelegten zusätzlichen Kollektivschutzgut des § 1 StVO.
Diese Vorschrift kann daher nach der hier vertretenen Auffassung als unechter Unterlassungsverstoß nur von Überwachungsgaranten qua Gefahrenquellenhaftung begangen werden, niemals von einem Beschützergaranten. Ebenso ist es bei allen abstrakten Gefährdungsverstößen, die die dargelegte Eigenart aufweisen. Hinsichtlich einer Garantenhaftung des Überwachungsgaranten bestehen dagegen unter dem hier erörterten Gesichtspunkt keine Bedenken, weil diese Art von Haftung -wie oben dargelegt wurde- auf einer Art "Rundumschutz", d.h. gerade auf der Pflicht zur Eindämmung jedweder Gefahr zum Schutz aller fremden

Rechtsgüter und jeden Rechtsgutträgers aufbaut.
Die Richtigkeit unserer Auffassung speziell im Hinblick auf § 1 StVO zeigt sich schließlich auch, wenn man sich den von Cramer gebildeten Fall in einer leichten Abwandlung denkt: Angenommen, die M führte nicht ihr Kind, sondern den Zwergpudel ihrer Freundin, den sie in Pflege genommen hatte, an der Straße spazieren. Nun reißt sich das Hündchen los, trippelt auf die Straße und gerät dort unter die Räder eines großen LKW, ohne daß der Fahrer dies überhaupt bemerkt hätte. Eine Zuwiderhandlung gegen § 1 StVO wegen einer Gefährdung des LKW scheidet dann m.E. eindeutig aus. Wie ist es aber um die Haftung der M in Bezug auf das Hündchen bestellt, wenn sie das Unglück leicht hätte verhindern können?
Gegen eine Sachbeschädigung nach § 303 StGB bestehen -falls ein entsprechender Vorsatz vorlag- keine Bedenken. Aber es wäre wohl absurd, wegen der Beschädigung des Hündchens als des Eigentums eines anderen einen unechten Unterlassungsverstoß gem. § 1 StVO anzunehmen.
Die eigenartigen Auswirkungen der hier aufgedeckten Rechtsgutstrukturen auf die Entstehung von Garantieverhältnissen sollen nun noch durch Gegenüberstellung von Garantenpositionen aus beiden Sammelgruppen unter dem Gesichtspunkt einiger echter abstrakter Gefährdungstatbestände aus dem Ordnungsrecht demonstriert werden:
Beobachtet etwa ein Vater, wie sein 8jähriger Sprößling zur Mittagszeit auf seiner Buschtrommel vor dem Fenster des Nachbarn einen nervenaufreibenden Lärm vollführt, so muß er ohne Frage als Überwachungsgarant hiergegen einschreiten, will er sich dem Vorwurf einer unzulässigen Lärmerregung nach §117 OWiG entziehen.[1] Umgekehrt kann er aber nicht Täter des § 117 OWiG durch Unterlassen sein, wenn er es geschehen läßt, daß die Kinder seines Nachbarn unter dem Schlafzimmerfenster seiner krank im Bett liegenden Ehefrau ein Indianergeheul veranstalten. Es stellt sich dann allenfalls die Frage einer Körperverletzung, begangen durch Unterlassen, falls der Lärm ein

1) Fall der pflichtwidrigen Nichthinderung fremder Tatbestandsverwirklichung.

gesundheitsschädigendes Maß erreicht. Was unterhalb dieser Erfolgsschwelle bleibt, berührt seine Verantwortlichkeit als Beschützergarant seiner Ehefrau nicht. Der Grund hierfür liegt wiederum darin, daß durch § 117 OWiG die Allgemeinheit vor gesundheitsgefährdendem Lärm geschützt werden soll, nicht eine bestimmte individuelle Person. Der Allgemeinheit gegenüber trägt aber der V keine besondere Verantwortung.

Ein anderes Beispiel: Hat V aus zuverlässiger Quelle erfahren, daß der X sich illegal beim Waffenhändler W eine Waffe beschaffen möchte, um damit den Sohn des V umzubringen, so ist V als Schutzgarant u. U. verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz seines Sohnes zu treffen, um sich nicht dem Vorwurf einer Beteiligung an einem Tötungsdelikt auszusetzen, falls X die Tat begeht. Aber es wäre grotesk, ihn als Beteiligten einer Zuwiderhandlung gegen Bestimmungen des Waffengesetzes -unerlaubter Waffenerwerb -oder Besitz- anzusehen, wenn er nichts unternimmt, um die Bewaffnung des X zu verhindern oder zu beseitigen. Denn Schutzadressat dieser Bestimmungen ist ebenfalls die Allgemeinheit, zu der unser V in keiner besonderen Schutzbeziehung steht. Dagegen muß auf der anderen Seite der Vater des X, falls dieser minderjährig ist, bei Vermeidung einer Beteiligung am Delikt des unerlaubten Waffenbesitzes die Bewaffnung des X verhindern bzw. ihn ggf. wieder "entwaffnen". Denn hier ist der Vater als Überwachungsgarant für jede von seinem Sohn ausgehende Gefahr für fremde Rechtsgüter genauso verantwortlich, als hätte er ihn zum illegalen Erwerb der Waffe aufgefordert. Dieser Kräfteunterschied zwischen den beiden gegensätzlichen Garantenpositionen mit dem scheinbar bestehenden Übergewicht des Überwachungsgaranten kann nur den erstaunen, der die dargelegte eigenartige Rechtsgutbeschaffenheit der meisten abstrakten Gefährdungstatbestände leugnet.

1) Ähnliche Überlegungen stellt im Hinblick auf einen anderen abstrakten Gefährdungstatbestand -§ 306 Nr. 2 und 3 StGB- Bärwinkel an. Da Träger des geschützten Rechtsguts "Leben" dort die Allgemeinheit sei, komme eine Unterlassensbegehung auf der Grundlage eines Garantieverhältnisses zwischen Ehepartnern dort nicht in Frage, vgl. Diss. S. 115.

Nach alledem dürfte auch klar geworden sein, daß eine unechte Unterlassensbegehung eines abstrakten Gefährdungstatbestandes durch einen Beschützergaranten nur da in Frage kommt, wo dieses Spezifikum ausnahmsweise fehlt, wo also der Tatbestand auf ein individuell begrenztes Schutzgut zugeschnitten ist. Das ist höchst selten der Fall. Beispiele lassen sich im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts etwa im JugendschG., JugendarbeitsschG., oder im MutterschutzG. finden. So bedroht etwa § 14 I Nr. 2 JugendschG. den mit Buße, der ein bestimmtes, für die körperliche und sittliche Entwicklung des Jugendlichen generell gefährliches Verhalten (Rauchen, Alkoholgenuß, Glücksspiel) herbeiführt oder fördert. Hier weist also der Tatbestand ausnahmsweise einen konkreten Bezugspunkt für eine Schutzposition auf. Eltern oder Erzieher, die ein derartiges generell gefährliches Verhalten ihres Schützlings wissentlich nicht unterbinden, verwirklichen als Beschützergaranten diesen abstrakten Gefährdungstatbestand durch unechtes Unterlassen. Ebenso handelt ordnungswidrig durch unechtes Unterlassen der Arbeitgeber, der es duldet, daß in seinem Betrieb werdende Mütter mit unzulässigen Arbeiten oder über die vorgeschriebenen zeitlichen Höchstgrenzen hinaus beschäftigt werden, denn aus seiner arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht erwächst ihm in einem solchen Falle eine Schutzgarantie gegenüber der Arbeitnehmerin.

Als vorläufiges Ergebnis ist festzuhalten, daß abstrakte Gefährdungstatbestände für eine Unterlassensbegehung durch einen Schutzgaranten nur dann in Betracht kommen, wenn sie ein individuell begrenztes Schutzgut enthalten und diesem, dem Garanten anvertrauten Schutzgut, eine Gefahr droht.

Fraglich ist nun, ob wir dieses Ergebnis nicht erweitern müssen im Hinblick auf die bereits eingangs angedeutete Möglichkeit, daß Personen aus gewissen Berufs -oder Standesgruppen gerade der Allgemeinheit gegenüber besondere Verantwortung tragen und sich daraus Garantieverhältnisse im Sinne von Beschützergarantien auch in Bezug auf kollektive Rechtsgüter wie z.B. die öffentliche Sicherheit und Ordnung ergeben. Insoweit kommen neben den Polizeibeamten vor allem die

Beamten der Ordnungsbehörden und vergleichbarer Behörden mit ähnlichen Aufgaben auf speziellen Gebieten in Betracht. Einige Beispiele mögen das erläutern:

(1) Nehmen wir an, der Leiter des Ordnungsamtes in X beobachtet, wie der Führer einer anarchistischen Bewegung anläßlich einer Demonstration vor einer größeren Menschenmenge die Zuhörer dazu auffordert, entgegen dem Verbot des Landtagspräsidenten, das Landtagsgebäude zu betreten und dort zu demonstrieren.

(2) Polizeibeamter P findet des nachts bei einem Streifengang einen an einem Laternenpfhahl angeketteten Hund, der dort offensichtlich von seinem Besitzer ausgesetzt ist und durch sein klägliches Geheul die Nachtruhe aller Anwohner erheblich stört.

Beide Beispiele betreffen typische Fälle abstrakter Gefährdungsverstöße.

Das wurde hinsichtlich des ruhestörenden Lärms i.S.d. § 117 OWiG bereits dargetan. Hinsichtlich der §§ 116 i.V.m. 112 OWiG (Öffentliche Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten bzw. Verletzung der Hausordnung eines Gesetzgebungsorgans) folgt dies daraus, daß Verstöße gegen die Anordnungen eines Gesetzgebungsorgans oder seines Präsidenten betreffend das Betreten des Gebäudes oder Grundstücks des Organs allemal die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung eines ordnungsgemäßen und sicheren Parlamentsbetriebs heraufbeschwören.

Fraglich ist nun, ob die Beamten für die von ihnen pflichtwidrig nicht unterbundenen Gefahrensituationen als Beschützergaranten der Interessen der Allgemeinheit nach den entsprechenden Tatbestanden verantwortlich sind.

Was die Stellung der Polizeibeamten angeht, so wurde ihnen von der Rechstprechung für vergleichbare Fallgestaltungen seit je her eine strafrechtlich relevante Garantenpflicht qua Amtspflicht auferlegt.[1]

Auch in der Literatur ist dies die herrschende Meinung. Danach hat der Polizeibeamte eine fast unbeschränkte Garantenpflicht zum Schutz der Allgemeinheit, bei deren Nichterfüllung er sich stets einer Teilnahme durch Unterlassen an dem vom Aktivtäter

1) vgl. RG JW 1932, 2087; 1939, 543; BHG VRS 18, 48 (51)

jeweils begangenen Delikt schuldig mache.[1]
Was ist davon zu halten?
Zunächst ist für alle Fälle dieser Art eine Garantiehaftung aus dem Bereich der Möglichkeiten auszuscheiden, sofern sich dieselbe als Überwachungsgarantie darstellt. Polizei -und Ordnungsbeamte sind nicht für x-beliebige fremde Personen speziell verantwortlich, weil die von diesen ausgehenden Gefahrenmomente mit der besonderen Stellung der Beamten nichts zu tun haben. Man könnte aber den Polizeibeamten als Schutzgaranten der im Interesse der Allgemeinheit liegenden öffentlichen Sicherheit und Ordnung schlechthin und den Beamten des Gewerbeaufsichtsamtes als solchen für einen bestimmten, ihm zugewiesenen Schutzbereich ansehen.
Daß die Polizeibeamten in Bezug auf das Schutzgut öffentliche Sicherheit und Ordnung allgemein und die Ordnungsbeamten bei bestimmten Spezialbehörden für dasselbe Rechtsgut innerhalb ihres Spezialbereichs besondere Amtspflichten haben, wird niemand bestreiten.[2] Auch der Volksmund bezeichnet den Polizisten als "Hüter der Ordnung". Fraglich ist nur, ob, um mit Geilen zu sprechen, "sich des Polizisten Berufspflicht gleich mit einer entsprechenden Garantenpflicht deckt".[3]
Das setzt zunächst voraus, daß das dem Polizisten anvertraute Schutzgut sich mit dem jeweils geschützten tatbestandlichen Rechtsgut deckt, daß mithin der durch die Tatbestandsverwirklichung eintretende Unrechtserfolg mit demjenigen identisch ist, für dessen Nichteintritt der Polizeibeamte gerade die besondere Verantwortung trägt. Dieses Problem kann man nicht, wie es teilweise geschieht, einfach dadurch lösen, daß man sagt, der Polizist sei nach einem Straftatbestand immer dann verantwortlich, wenn die nicht verhinderte Straftat zugleich eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

1) vgl. Träger, Unterlassungsdelikte S. 93; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 133; Jescheck Lb. S. 475; Schmidhäuser 16/61; einschränkend nur Geilen, FamRZ 1961, 159 und Grünwald, ZStW 70, 425; Böhm (S. 70 ff.) begründet die Garantenpflicht der Polizei u. a. mit deren besonderen Vorrechten und ihrer Machtfülle, der als Kehrseite besondere Pflichten entsprächen.
2) Böhm (S. 71) und Schönke-Schröder (a.a.O.) greifen auf § 14 preuß. PVG zurück. M.E. liegt Gewährsübernahme vor (s.o. § 7 B)
3) FamRZ 1961, 159

bedeutet.[1] Denn der Erfolgsunwert einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist ein völlig anderer als der, welcher durch die Herbeiführung eines spezifischen tatbestandsmäßigen Erfolgs begründet wird. Dieser liegt in der Verletzung eines speziellen tatbestandlichen Schutzzwecks oder Schutzgutes und wiegt meist viel schwerer als die farblose Störung der allgemeinen Sicherheit und Ordnung. Der Polizeibeamte wird bei solcher Betrachtungsweise mit einem Übermaß an Unrecht belastet. In Wirklichkeit ist er nämlich nicht zum Garanten des jeweils angegriffenen Schutzobjekts, also Eigentums oder Lebens eines anderen berufen, sondern ihn bindet lediglich seine besondere Beziehung zum Kollektivrechtsgut öffentliche Sicherheit und Ordnung. Die Pflicht, ggf. auch den Einzelnen zu schützen, ist in Wahrheit nur Reflex und Nebenwirkung einer Pflicht anderen Inhalts.[2]
Der Grund dafür liegt letztlich darin, daß es für beide Pflichten an einer gemeinsamen Basis, einem einheitlichen U n r e c h t s e r f o l g als Anknüpfungspunkt fehlt. Der Erfolg einer Störung der öffentlichen Sicherheit trifft zwar mit dem der Verletzung eines bestimmten individuellen Schutzgutes auf einer gedanklichen Ebene zusammen, beide sind aber deshalb nicht identisch.
Eine Garantenhaftung des Polizisten qua Berufspflicht kommt nach allem nur dann in Betracht, wenn der anzuwendende Tatbestand gerade und a u s s c h l i e ß l i c h jenes kollektive Rechtsgut schützt, das dem Polizeibeamten besonders anvertraut ist - die "öffentliche Sicherheit und Ordnung." Dies läßt sich für die hier herangezogenen Beispieltatbestände des Erregens von ruhestörendem Lärm gem. § 117 OWiG und der öffentlichen Aufforderung zu Ordnungswidrigkeiten gem. §§ 116 in Verbindung mit 112 OWiG wohl bejahen.

1) so z.B. Schönke-Schröder a.a.O.
2) so zutreffend Maurach A.T. S. 602 f. und ihm folgend Herzberg, Unterlassung S. 356; gegen die h. M. auch Schünemann S. 363. Daß bei den Straftatbeständen zum Schutze des Lebens eine Garantenhaftung der Polizei nicht ohne weiteres aus deren Berufspflichten folge, betont auch Bärwinkel. Ob ein Garantieverhältnis hier bestehe, will er "nach dem Zusammenhang von Normen in einem Organisationsplan , den der Staat für alle Bediensteten aufstellt", entscheiden (S.121).

Beide Vorschriften schützen jeweils unter einem speziellen Aspekt die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit[1], also jenes Rechtsgut, daß den Polizei -und Ordnungsbeamten besonders anvertraut ist. In den Beispielen zu (1) und (2) würden sie also durch eine Haftung als Beschützergaranten nicht mit einem zusätzlichen, über ihre Schutzpflicht hinausgehenden Unrechtserfolg belastet, wenn sie wegen Ihrer Untätigkeit zur Verantwortung gezogen werden.[2]
Gegen dieses Ergebnis läßt sich auch nicht einwenden, es liefe darauf hinaus, daß die Polizei -und Ordnungsbeamten bei Nichtabwendung von -meist weniger schwer wiegenden abstrakten Gefährdungsverstößen dieser Art härter zur Verantwortung gezogen würden als in Fällen des Nichteinschreitens gegen schwere kriminelle Delikte wie Raub oder Totschlag, in denen sie straflos ausgingen. Erstens erlaubt -wie dargelegt wurde- die Sonderverantwortung des Polizisten gegenüber der Allgemeinheit allein nicht den schweren sozialethischen Vorwurf einer Teilnahme an derartigen kriminellen Delikten. Zum andern wiegt das Unrecht, das durch die Untätigkeit der Beamten in den Beispielfällen gefördert wird, unter dem Aspekt ihres speziellen Treueverhältnisses zur Allgemeinheit durchaus schwerer als die Nichtabwendung eines Individualrechtsgutsschadens. Denn gerade die Mißachtung dieses besonderen Schutz -und Obhutsverhältnisses ist es, die hier den Unrechtsgehalt ausmacht.
Es ist also festzuhalten, daß in beschränktem Rahmen bei abstrakten Gefährdungstatbeständen und Verwaltungswidrigkeiten eine Garantenhaftung öffentlicher Bediensteter qua Beschützergarantie möglich ist und zur Verantwortlichkeit nach dem entsprechenden Tatbestand führt.
Will man diesbezüglich unangemessene Ergebnisse im Vergleich zu anderen Delikten vermeiden[3], so bleibt nur der von Grünwald[4] vorgeschlagene Weg der Schaffung echter Unterlassungstatbestände für bestimmte Staatsbedienstete.

1) Bez. §§ 116, 112 steht dies außer Frage; bez. § 117 OWiG trifft es zumindest in in der 1. Alternative zu.
2) Daß die Unterlassung hier nur Beihilfecharakter hat, ist ein hiervon zu trennendes Problem.
3) M. E. entstehen solche allerdings nicht; s. o.
4) ZStW 70, 428

B) Die pflichtwidrige Garantenunterlassung als "Beteiligung" i.S.d. § 14 OWiG

I. Der Beschützergarant als Beteiligter

Anzuknüpfen ist an die oben erörterten Beispielsfälle, in denen die Beamten der Polizei -und Ordnungsbehörde für die von anderen Aktivtätern begangenen Ordnungswidrigkeiten mitverantwortlich gemacht und der Buße nach den entsprechenden Tatbeständen unterworfen wurden. Offen geblieben ist aber, welche Qualität dieser Mitverantwortlichkeit zukommt.
M. E. hat die Nichtverhinderung eines von einem Dritten selbstverantwortlich herbeigeführten tatbestandsmäßigen Unrechtserfolgs seitens eines Beschützergaranten grundsätzlich nur Beihilfequalität. Denn im Regelfall wiegt der Unrechtsgehalt einer solchen Unterlassung nicht schwerer als eine aktive Förderungshandlung zur Verwirklichung des Tatbestandes.[1]
Der Beihilfecharakter derartiger Unterlassungen tritt noch stärker hervor, wenn man sich einen Fall vorstellt, in dem der Aktivtäter einen Tatbestand verwirklicht, der eine ganz besondere Art und Weise der Erfolgsbewirkung erfordert, wie z. B. § 118 OWiG.
Diese Vorschrift schützt -als abstrakter Gefährdungstatbestand- ausschließlich Interessen der Allgemeinheit, wie sich schon aus dem Titel ergibt und im übrigen auch daraus, daß eine Situation gefordert wird, die geeignet erscheint, die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Es kommen also Polizeibeamte als Unterlassungstäter qua Beschützergarantie in Betracht.
Man stelle sich etwa vor, es bewege sich eine gut gewachsene junge Dame an einem heißen Sommertag "oben ohne" über die Kurpromenade eines Badeortes, während der zufällig dastehende Polizist P sich an den wohlgelungenen Proportionen der Schönen erfreut, statt gegen sie einzuschreiten. Hier hat die Dame durch ein "grob ungehöriges Verhalten" i.S.d. § 118 eine Störung der öffentlichen Ordnung herbeigeführt. Aber es

1) so auch Herzberg, Unterlassung S. 101; ähnlich Jescheck Jescheck, Niederschriften Bd. 12 S. 97; vgl. aber andererseits Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 109;

berührt doch eigenartig, sich vorzustellen, daß auch der P in gleicher Weise wegen dieser "Belästigung der Allgemeinheit" nach § 118 haftbar sein soll, obwohl er selbst sich überhaupt nicht ungehörig verhalten hat. Der Unwertgehalt der groben Ungehörigkeit ist hier eng mit dem persönlichen Verhalten der Aktivtäterin verknüpft. Damit kann aber der P nicht belastet werden, weil seine Pflicht allein dahingeht, solche Erfolge zu verhindern, die die öffentliche Ordnung stören.[1] Die Garantenposition des P ist nicht so, daß man das Tun der Dame als aus P's Verantwortungsbereich hervorgegangen, als "sein Tun im weiteren Sinne"[2] ansehen könnte. Dem Vorgang angemessen wäre daher allein eine Haftung des P wegen Beihilfe zur Tat der D.

Im Ordnungsrecht gilt nun aber das Einheitstäterprinzip, § 14 OWiG, das alle Beteiligungsformen ohne Unterschied nach Bedeutung und Gewicht auf der Einheitsstufe der Beteiligung einebnet. Täter ist jeder, der zur Tatbestandsverwirklichung einen ursächlichen Beitrag leistet[3] oder dazu im weiteren Sinne förderlich wird.[4] Da die Garantenstellung im Falle des Unterlassens gerade den Mangel der Kausalität ausgleicht,[5] liegen die Voraussetzungen einer Einheitsbeteiligung in allen dargebrachten Beispielsfällen vor. Dieser vom Gesetzgeber gewollten und gesehenen Konsequenz kann nicht ausgewichen werden. Der Beihilfecharakter derartiger Unterlassensbeteiligung ist aber im Rahmen der Bußzumessung zu berücksichtigen. Nach dem Opportunitätsprinzip wird es zumindest in den Fällen, wo der Aktivtäter einen Tatbestand mit einem spezifischen Handlungsunwert -wie im Beispielsfall der busenfreien Dame- verwirklicht, im Regelfalle angezeigt sein, von einer Verfolgung des untätigen Garanten gänzlich abzusehen, weil insoweit beim Unterlasser ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 14 Abs. 1, 9 OWiG fehlt.[6]

1) näher zum Verhältnis von Unterlassen und Handlungsunwert unten 3. Abschn., § 11
2) vgl. Herzberg, Unterlassung S. 101
3) Göhler Kommentar § 9 Anm. 1 B (a.F.)
4) Rotberg Kommentar § 9 (a.F.) Rdn. 4
5) vgl. dazu oben 2. Abschn. II. Kap. § 4; ferner: Herzberg Unterlassung S. 100;
6) vgl. dazu allgemein Göhler, Kommentar § 9 (a.F.) Anm. 2

II. Der Überwachungsgarant als Beteiligter

Ein wenig anders verhält es sich bei der Unterlassensbeteiligung eines Überwachungsgaranten, wie sie uns in der Form der Nichthinderung von Zuwiderhandlungen durch dritte, dem Garanten unterstehende oder von ihm zu beaufsichtigende Personen, schon häufig begegnet ist. Hier trägt der Garant die Verantwortung dafür, daß Personen seines Herrschaftskreises keine Unrechtstatbestände verwirklichen[1], und es kann sich die Situation so darstellen, daß der Überwachungsgarant sich die aus seinem Verantwortungsbereich entspringende Unrechtsverwirklichung wie eigenes Tun voll zurechnen lassen muß, nämlich immer dann, wenn der Garant das Tatgeschehen wie ein mittelbarer Täter beherrscht. Die Streitfrage, ob eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen überhaupt möglich ist[2], hat in diesem Zusammenhang nur terminologische Bedeutung. Hält man sich etwa einen Fall vor Augen, in dem der sechsjährige Sohn S des Waffenhändlers W mit Wissen des W eine Waffe aus dem Arsenal holt, um sie einem Spielkameraden zu bringen, so leuchtet ohne weiteres ein, daß hier die Unterlassung in ihrem Unwertgehalt einem aktiven Überlassen der Waffe in fremde Hände gleichkommt. Immer dann, wenn der Aktivtäter auf ähnliche Weise handelnd (z.B. irrtümlich) als ein Werkzeug des untätigen Garanten erscheint, bestehen gegen eine volle Haftung für den bewirkten Unrechtserfolg keine Bedenken.

Für alle anderen Fälle der Nichthinderung fremder Deliktsverwirklichung seitens eines Überwachungsgaranten nimmt die im Strafrecht ganz herrschende Meinung nur eine Beihilfe an,[3] was auch dem Unrechtsgehalt einer derartigen Unterlassung entspricht: wenn eine aktive Förderung fremder Deliktsverwirklichung ohne Täterwillen nur zur Beihilfehaftung führt, so kann für den schlicht unterlassenden Garanten nichts anderes gelten. In solchen Fällen ist also, wie auch bei der

1) Jescheck Lb. S. 475 m.w.N.
2) Dazu wird unten (3. Abschn. § 12 C I) noch eingehend Stellung genommen.
3) vgl. Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 109 f.; Stree GA 1963, S. 1 ff.; Herzberg, Unterlassung S. 258 ff.; Jescheck Lb. S. 528; Gallas JZ 1952,372; a.M. z.B. Grünwald GA 59,116

Unterlassensbeteiligung des Beschützergaranten , im Rahmen der Bußzumessung der Beihilfecharakter zu berücksichtigen.

Zweifelhaft wird aber eine Beteiligtenhaftung, wenn die vom Aufsichtsgaranten pflichtwidrig nicht verhinderte Zuwiderhandlung selbst ein Unterlassensverstoß und an eine besondere Pflichtenbeziehung geknüpft ist.[1] Ein Beispiel dazu wurde bereits oben mit dem Fall des zum Verkehrsunterricht vorgeladenen Jugendlichen gebracht, wo das Fernbleiben vom Unterricht einen echten Unterlassensverstoß darstellt, der Handlungsbefehl sich aber ausschließlich gegen den Jugendlichen richtet. Dieselbe Problematik tritt auf, wenn die abzuwehrende Zuwiderhandlung ein Garantenunterlassen ist.[2] Ein Beispiel: Der 17jährige Sohn S des V ist Halter einer großen Dogge, die des Nachts regelmäßig laut zu heulen pflegt und dadurch die Nachbarn im Schlaf erheblich stört. Den S kümmert dies alles nicht. Er ist daher wegen eines Unterlassungsdelikts gem. § 117 OWiG zur Verantwortung zu ziehen.

Aber auch der V ist als Aufsichtspflichtiger über seinen Sohn an dem Unterlassungsverstoß des S bei konsequenter Anwendung des Einheitstäterprinzips beteiligt, wenn er das Geheul nicht unterbindet, obwohl ihm dies zumutbar wäre. Gegen eine täterschaftliche Beteiligung des V bestehen hier aber Bedenken, weil er hinsichtlich der eigentlichen Gefahrenquelle -des Hundes- überhaupt keine Garantenstellung einnimmt. Er ist lediglich verpflichtet, seinen Sohn zu beaufsichtigen, dessen ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit sich hier aber erst aus seiner sozialen Sonderverantwortung als Hundehalter ergibt. Erst aus dem Bewußtsein dieser besonderen Verantwortlichkeit entspringt beim Unterlassungsverstoß das Bewußtsein einer besonderen Handlungspflicht, so daß es unbillig wäre, den V in gleicher Weise zur Verantwortung zu ziehen wie den S. Eine pflichtgemäße Ermessensausübung wird daher in solchen Fällen regelmäßig dazu führen müssen, den erst an zweiter Stelle handlungspflichtigen Überwachungsgaranten

1) Darauf weist auch Cramer hin, vgl. NJW 1969, 1930.
2) Ob in diesem Falle ein echter oder unechter Unterlassensverstoß des S vorliegt, sei an dieser Stelle dahingestellt; näher dazu unten, § 9 (" gemischte Tatbestände").

von einer Haftung als Beteiligtem ganz frei zu stellen. Krasse Ungereimtheiten als Ergebnis des Einheitstäterprinzips, die dann auftauchen, wenn der echte Unterlassungsverstoß des Haupttäters nur als Formaldelikt ohne Rechtsgutsbeziehung verwirklicht wird -wie im Falle des Nichterscheinens beim Verkehrsunterricht- vermeiden wir bereits dadurch, daß wir derartige Verstöße als "reine Rechtserfolge" nicht als taugliche Unrechtserfolge i.S.d. § 8 OWiG betrachten.
Wie problematisch andernfalls die rechtliche Beurteilung würde, zeigt auch Cramer auf mit dem Beispiel, daß etwa ein Aufsichtspflichtiger die ihm untergebene Person nicht zur Erfüllung seiner polizeilichen Meldepflicht anhält.[1] Er bezeichnet eine ordnungsrechtliche Verfolgung des Garanten in solchen Fällen als sinnlos, weil ihm selbst eine Meldepflicht nicht obliege. Daß dies zutrifft, sollten die bisherigen Erörterungen zur Genüge verdeutlicht haben.

C) Zusammenfassung zu § 7

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß eine Garantenhaftung qua Beschützergarantie im Ordnungsrecht außer im Falle einer der wenigen konkreten Gefährdungs -oder Verletzungstatbestände nur selten vorkommen kann, nämlich einmal bei solchen Tatbeständen, die ausschließlich Rechtsgüter der Allgemeinheit wie öffentliche Sicherheit und Ordnung schützen -und zwar insoweit nur für öffentliche Bedienstete, denen gerade dieses Schutzgut besonders anvertraut ist.
Im übrigen kommt ein Garantieverhältnis dieser Art bei abstrakten Gefährdungstatbeständen nur dann in Betracht, wenn diese ausnahmsweise ein individuell bestimmtes Rechtsgut oder Schutzgut sichern.
Hinsichtlich der Garantieverhältnisse aus Überwachungsgarantie ergeben sich aus den im Ordnungsrecht vorherrschenden Tatbestandsstrukturen Besonderheiten nur insoweit, als hier das Einheitstäterprinzip gilt. Stellt sich die Unterlassung als Beteiligung an fremder aktiver Zuwiderhandlung dar,

1) NJW 1969, 1930 Fußn. 22

(pflichtwidrige Nichthinderung fremder Tatbestandsverwirklichung), so kommt eine volle Verantwortlichkeit nach dem betreffenden Tatbestand nur dann in Betracht, wenn der Garant das Geschehen wie ein mittelbarer Täter beherrscht. In allen anderen Fällen ist im Rahmen der Bußzumessung dem Beihilfecharakter der Unterlassung solcher Art Rechnung zu tragen. Das gilt ebenso für die Unterlassensbeteiligung eines Beschützergaranten, soweit eine solche denkbar und möglich ist. In solchen Fällen muß sorgfältig geprüft werden, ob der Tatbestand für die Zuwiderhandlung des Haupttäters eine besondere Verhaltensweise vorschreibt, die der Tat einen zusätzlichen Handlungsunwert verleiht. Ist das der Fall, so kann es geboten sein, von einer Verfolgung des durch Unterlassen Beteiligten ganz abzusehen. Dies ist auch angezeigt, wenn ein Fall der Beteiligung eines Überwachungsgaranten an einem echten oder unechten Unterlassungsverstoß der zu beaufsichtigenden Person in Frage steht und deren Verantwortlichkeit sich aus einer besonderen Pflichtenstellung herleitet.

III. Kapitel Probleme der echten Unterlassungsverstöße

§ 8 Echte Unterlassungsverstöße und Garantenprinzip

A) Strukturanalysen

Eine weit wichtigere Rolle als die unechten Unterlassungsverstöße spielen im Ordnungsrecht die echten Unterlassungen, die wir als Unterlassungsverstöße gegen einen sich aus dem Gesetz unmittelbar ergebenden Handlungsbefehl charakterisiert hatten. Man kann sogar sagen, der Typus des echten Unterlassungsverstoßes ist der im Ordnungsrecht am häufigsten vorkommende "Deliktstypus" überhaupt. Die reinste Form echter Unterlassungsverstöße ist zweifellos jene, die in der Nichterfüllung eines schon im Wortlaut ausdrücklich als Gebot gefaßten tatbestandlichen Handlungsbefehls besteht.
Dieser Erscheinungsform der echten Unterlassungsverstöße, die man als "reine Unterlassungsverstöße" bezeichnen kann,[1] wollen wir uns zunächst zuwenden.[2] Dabei soll das Hauptaugenmerk darauf gerichtet sein, Strukturanalysen einzelner Tatbestände zu erarbeiten, die möglicherweise allgemeinverbindliche Aussagen über Aufbau und Voraussetzungen echter Unterlassensverstöße zulassen.

Zunächst muß es erstaunen, daß das Ordnungsrecht im Gegensatz zum Strafrecht -wo echte Unterlassungsverstöße eine ganz untergeordnete Rolle spielen- echte Unterlassungstatbestände in so großer Zahl enthält, wenn man sich die praktische und rechtspolitische Bedeutung solcher Tatbestände vor Augen führt. Rudolphi etwa stellt -mit Blick auf das Strafrecht- fest, den Unterlassungstatbeständen falle die Aufgabe zu, "die Grenzen des positiven Rechtsgüterschutzes abzustecken". Ihnen obliege es, "die das soziale Leben in allen seinen Bereichen durchziehende Grenze zwischen individueller Freiheit und sozialer Pflichtenbindung zugunsten bestimmter Rechtswerte zu bestimmen."[3]

1) Daß es sich tatsächlich um "reine Unterlassungsverstöße" handelt, wird unten, § 10, zu beweisen sein.
2) Die andere Erscheinungsform -Unterlassensverstöße, die sich erst durch Auslegung bestimmter Tatbestände ergeben- wird im folgenden Kapitel untersucht werden.
3) S. 85

Nun haben aber die bisherigen Ausführungen gezeigt, daß die Ordnungstatbestände vielfach nur ganz entfernt mit einem Rechtsgüterschutz oder dem Schutz von "Rechtswerten" zu tun haben, so daß insoweit von einem "positiven Rechtsgüterschutz" kaum gesprochen werden kann.
Bedenkt man weiter, daß es ein sehr viel schärferer Eingriff in die Freiheit des Einzelnen ist, die Vornahme einer Handlung und damit den Einsatz von Willen -und Verstandeskräften und physische Anstrengungen zu verlangen, als -in Form von Begehungstatbeständen- lediglich bestimmte Handlungen zu untersagen, also nur Untätigkeit in einer bestimmten Richtung zu fordern,[1] so muß es um so mehr verwundern, daß echte Unterlassungstatbestände das Ordnungsrecht so weitgehend beherrschen. Da mit dem Gebot, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, praktisch zugleich die Vornahme aller anstelle des geforderten Aktes sonst möglichen Handlungen untersagt wird[2], sollte man meinen, ein derart massiver Eingriff in die Freiheit des Einzelnen werde nur in dringendsten Fällen zum Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter gesetzlich angeordnet. Im Strafrecht ist dies in der Tat der Fall. Das zeigt sich schon an den beiden klassischen echten Unterlassungsdelikten der §§ 138, 330c StGB. Erstere Vorschrift verpflichtet nicht etwa zur Anzeige eines jeden drohenden Verbrechens, sondern nur solcher, die eine außergewöhnlich schwerwiegende Verletzung individueller oder kollektiver Rechtgüter bedeuten.[3] § 330c knüpft die Hilfspflicht des Unbeteiligten an einen Unglücksfall -ein Ereignis, welches erhebliche Gefahren für Menschen heraufbeschwört[4], gemeine Gefahr oder Not.
Ganz anders dagegen das Ordnungsrecht: Man nehme zum Vergleich etwa § 7 Nr. 4 c HandelsklG., der demjenigen eine Geldbuße (bis zu 20.000 DM !) androht, der die nach § 5 III oder IV dieses Gesetzes geforderte "Hilfe bei der Besichtigung von Waren und Handelsgütern nicht leistet". Eine Unterlassung, wie

1) so Armin Kaufmann, Dogmatik S. 143; ähnl. Träger GS 92,289f.
2) Armin Kaufmann a.a.O.
3) so genügt z.B. bei § 138 StGB nicht einmal die drohende Gefahr eines Delikts der schweren Körperverletzung.
4) vgl. Schönke-Schröder, § 330c Rdn. 5

die hier beschriebene trägt nicht "den Stempel des Unrechts auf der Stirn"[1], das Handlungsgebot entspringt keiner aus Ethik und Sittengesetz vorgegebenen Hilfspflicht wie bei §§ 330c, 138 StGB. "Gerade in Fällen, wo der Verstoß in einem Unterlassen besteht", so heißt es auch in der amtlichen Begründung zum OWiG, "wird der Täter häufig keinen Anlaß finden, über die rechtliche Beurteilung seiner Untätigkeit nachzudenken."[2]

Es muß also andere, mit dem Gedanken des positiven Rechtsgüterschutzes nicht zu erklärende Gründe geben, wenn die große Masse der echten Unterlassungstatbestände des Ordnungsrechts unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bestehen soll. Der Mangel des drohenden Rechtsgutsschadens muß durch anderweitige Unrechtsfaktoren ausgeglichen werden. Als solche kommen bei Unterlassungsverstößen nur besondere Merkmale in der Täterpersönlichkeit in Betracht. In der Tat erfordern nun die Unterlassungstatbestände des Ordnungsrechts fast ausnahmslos besondere Täterqualifikationen.

Bleiben wir bei dem Beispiel des § 7 Nr. 4 c HandelsklG. Dort trifft die Hilfspflicht gem. § 5 III und IV dieses Gesetzes nur den Inhaber oder Leiter eines Betriebes, der bestimmte Erzeugnisse der Landwirtschaft oder Fischerei (§ 1 II HandelsklG.) "zum Verkauf vorrätig hält, anbietet, feilhält, liefert, verkauft oder sonst in den Verkehr bringt" (vgl. § 5 Abs. 2 HandelsklG.). Es handelt sich also um einen Tatbestand mit begrenztem Täterkreis, für den im Strafrecht der Begriff des "Sonderdelikts" geprägt wurde. Ein Sonderdelikt ist gegeben, wenn die Täterschaft an bestimmte rechtliche oder natürliche Eigenschaften geknüpft ist.[3] Dieses Spezifikum läßt sich bei fast allen echten Unterlassungstatbeständen des Ordnungsrechts feststellen, wie ein Blick auf den Katalog der Tatbestände zeigt.

Da ist zunächst die schier unübersehbare Masse der Auskunfts- Anzeige - und Meldegebote, die sich ausschließlich an bestimmte

1) vgl. Lange in: Maurach-Festschrift S. 240
2) BT - Drucksache V/1269 S. 45
3) vgl. Mezger-Blei StudB. I S. 61, 109; Maurach, A.T. S. 628; Wessels Schwerpunkte S. 32

Personengruppen wie Unternehmer, Veranstalter, Gewerbetrei - bende, Arbeitgeber usw. wendet. Hier einige Beispiele:
§ 33 IV Nr. 3 i.V.m. § 44 II AußenwirtschaftsG richtet das Gebot der Auskunftserteilung (bzw, der Vorlage von Geschäftsbüchern) an den am Außenwirtschaftsverkehr teilnehmenden Gewerbetreibenden. Ähnliche Pflichten treffen den Gaststätteninhaber gem. § 28 I Nr. 11 GaststättenG, den Inhaber eines Handwerksbetriebs gem. § 118 I Nr. 1 und 2 HandwerksO, den Inhaber einer Waffenhandlung gem. § 55 I Nr. 2 und 3 BWaffenG, den Unternehmer i.S.d. GüKG gem. §§ 99 Nr. 4 d, 99a Nr. 10 GüKG. Die Reihe der Handlungsgebote, die ausschließlich derartige Unternehmer oder Betriebsinhaber treffen, ließe sich beliebig fortsetzen.
Daneben gibt es aber eine Vielzahl von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen sonstiger Art, die den Täterkreis der echten Unterlassungstatbestände im Ordnungsrecht eingrenzen. So ist es z.B. bei § 39 II Nr, 4 BJagdG die Eigenschaft als "Jagdausübungsberechtigter", bei § 69 I Nr. 1 bis 4 BSeuchenG die Stellung als behandelnder Arzt, berufsmäßige Pflegeperson, Hebamme, Familienoberhaupt oder Leichenbeschauer, die gewisse Anzeigepflichten bei Verdacht von Seuchen oder ansteckenden Krankheiten auslöst; nicht anders ist der taugliche Personenkreis auch bei § 10 I S.2 Geschl.-krankhG begrenzt.
Nach § 26 i.V.m. § 41 Nr. 4 WasserhaushaltsG ist anzeigepflichtig, wer Rohrleitungsanlagen zum Befördern wassergefährdender Stoffe verlegt, nach § 88 I Nr. 2 i.V.m. § 32 JugendwohlfahrtsG, wer ein der Aufsicht des Jugendamtes unterstehendes Pflegekind bei sich aufnimmt. Nicht zu vergessen sind in diesem Zusammenhang auch die zahlreichen speziellen Handlungsgebote der StVZO und der StVO, die sich an den Halter oder Fahrer eines Fahrzeugs wenden. Das WehrpflichtG schließlich belastet eine durch Alter und Geschlecht besonders genau bestimmte Gruppe von "Wehrpflichtigen" mit einem breit gefächerten Katalog von Anzeige -und Meldepflichten zum Zwecke der Wehrüberwachung. Es scheint demzufolge so zu sein, daß

die Voraussetzungen besonderer Tätermerkmale beim Gebots - adressaten als eine Art Korrektiv die weitreichenden und einschneidenden Auswirkungen echter Unterlassenstatbestände im Ordnungsrecht auf einen rechtsstaatlich vertretbaren Umfang reduzieren. Wenn dies als ein Grundprinzip der echten Unterlassungstatbestände des Ordnungsrechts Geltung beanspruchen könnte, dann wäre damit bereits ein wesentlicher Unterschied zur Tatbestandsstruktur der vergleichbaren Tatbestände des Strafrechts aufgedeckt. Denn dort ist -jedenfalls bei den wichtigsten Tatbeständen- prinzipiell jedermann Gebotsadressat. Maurach sieht darin gerade ein besonderes Kennzeichen der echten Unterlassungsdelikte im Vergleich zu den unechten, die zu den Sonderdelikten gehören.[1]
Man könnte also vermuten, das das Manko an Rechtsgutschädlichkeit bei den Unterlassungsverstößen des Ordnungsrechts durch eben diese besonderen Täteranforderungen ausgeglichen würde. Das würde bedeuten, daß alle jene Gebotstatbestände, die ausnahmsweise als Jedermannsdelikte ohne Täterbegrenzung ausgestaltet sind, durch eine restriktive Auslegung zu korrigieren wären.
Dies ist aber zweifelhaft, weil eine ähnliche Beschränkung auf spezielle Tätergruppen auch bei den meisten Begehungstatbeständen des Ordnungsrechts besteht. Die Ursache für den Sonderdeliktscharakter der Ordnungstatbestände liegt wohl nicht allein in einer Korrektivfunktion im obigen Sinne begründet, sondern z.T. auch in der Eigenart der Regelungsmaterie selbst. Dem Ordnungsrecht geht es vielfach nur um die Herstellung oder Bewahrung der notwendigen sozialen Ordnung in einem Spezialbereich des Lebens.[2] Damit verbunden ist zweifellos in gewissem Umfang eine Einengung des tauglichen Täterkreises auf bestimmte Personengruppen gleichsam kraft "Natur der Sache". Aber damit ist das Phänomen noch nicht erschöpfend erhellt. Der entscheidende Gesichtspunkt tritt erst hervor, wenn man die einschränkenden Tätermerkmale einer genaueren Betrachtung unterzieht. Wir müssen uns fragen, warum

1) Lb. A.T. S. 604
2) so Lange in: Maurach-Festschrift S. 235

denn gerade die Zugehörigkeit zu dieser oder jener Berufsgruppe, also die Stellung als Gewerbetreibender und dgl. oder ein sonstiges persönliches Merkmal es rechtfertigen, die betreffende Person mit besonderen Handlungspflichten zu belasten. Die Antwort ist diese: weil der Tatbestand unausgesprochen allemal eine spezifische vorgegebene Pflichtenbeziehung des Gebotsadressaten zu dem Schutzobjekt der Norm oder zu bestimmten Gefahrenherden voraussetzt.

Roxin hat als Erster für das Strafrecht diesen Zusammenhang im Hinblick auf die von ihm so bezeichneten "Pflichtdelikte" klar herausgearbeitet.[1] Das Strafrecht, stellt er fest, enthalte eine Reihe von Delikten, deren Charakteristikum darin liege, daß dem eigentlichen tatbestandlichen Normbefehl eine spezielle Pflichtenbindung des Normadressaten logisch vorgelagert sei.[2] Durch den Handlungsbefehl derartiger Tatbestände wird deren vorgelagerte Pflichtenbeziehung lediglich aktualisiert.

So ist es auch bei den uns bekannten echten Unterlassungstatbeständen des Ordnungsrechts. Wir wollen sehen, worauf hier die genannte Pflichtenbeziehung gegründet ist.

Zunächst fällt ins Auge, daß bei allen bisher erörterten Tatbeständen mit den jeweiligen besonderen Handlungspflichten besondere Vorrechte korrespondieren. Bei dem Gewerbetreibenden, dem Unternehmer, dem Arzt, Handwerksmeister oder Veranstalter handelt es sich allemal um Personen, die erlaubnispflichtige Tätigkeiten ausüben und dadurch bereits bevorzugte Positionen genießen. Diese Koppelung von Sonderrechten und Sonderpflichten hat in der Strafrechtsliteratur unter dem Gesichtspunkt der Konstituierung von Garantenpositionen z.T. besondere Beachtung gefunden. So meint etwa Böhm[3], alle Garantenpflichten, die sich unmittelbar aus der Rechtsordnung ergäben, beruhten letztlich auf dem Gedanken, daß derjenige,

1) vgl. Täterschaft S. 352 ff.
2) Roxin hebt insbesondere auf den Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, ab, bei dem es sich nach unserer Auffassung allerdings um einen sog. "gemischten Tatbestand" handelt, vgl. dazu näher unten § 9.
3) Diss. S. 74

dem die Rechtsordnung besondere Vorrechte einräume, auch besondere Pflichten trage, wobei allerdings nur solche Vorrechte in Betracht kämen, mit denen zugleich ein besonderes Vertrauen der Allgemeinheit verbunden sei.
Was davon zu halten ist, mag hier dahinstehen. Es wird aber jedenfalls daran eine Parallele deutlich, welche die Richtung weist für die weitere Untersuchung: die Elemente der zu erforschenden spezifischen Pflichtenbeziehung müssen von der gleichen Natur sein wie jene, die die Garantenstellung beim unechten Unterlassensverstoß ausmachen. Wir müssen daher prüfen, ob die sozialen Sonderstellungen der uns bereits bekannten speziellen Gebotsadressaten echter Unterlassungstatbestände die oben erarbeiteten typischen Merkmale eines Überwachungsgaranten bzw. Beschützergaranten tragen.

I. Überwachungsgarantien

Geradezu klassische Züge eines Überwachungsgaranten zeigen sich bei dem Kraftfahrzeughalter, dem in vielen echten Unterlassungstatbeständen der StVZO und der StVO besondere Handlungspflichten auferlegt sind. Als Verantwortlicher für ein gefährliches Instrument muß er sein Fahrzeug in einem verkehrssicheren Zustand halten[1] und die Benutzung desselben durch fahruntüchtige oder fahrunkundige Personen verhindern.[2] Daraus erwachsen die in den einzelnen Spezialtatbeständen sanktionierten besonderen Handlungspflichten des KFZ-Halters. Auch derjenige, der als "Verkehrsteilnehmer" körperlich und unmittelbar auf das Verkehrsgeschehen einwirkt[3], begründet schon allein dadurch eine latente Gefahr für andere Menschen und Sachen, die ihm eine garantenähnliche Sonderstellung verleiht.[4] Als Garant seiner selbst muß er dafür Sorge tragen, daß die von ihm ausgehenden potentiellen Gefahren sich nicht realisieren. Deshalb ist es nur natürlich,

1) vgl. BHG VRS 17, 388
2) so BGHSt 18, 335; BGH VRS 14, 197; 20, 228;
3) so die Definition des "Verkehrsteilnehmers" in BGHSt 14,27
4) Das wurde bereits oben, II. Kap. § 7 B, angedeutet.

daß der Verkehrsteilnehmer, der sich im öffentlichen Straßenverkehr bewegt, gewisse Handlungsgebote, wie Anzeige der Fahrtrichtungsänderung und dgl. beachten muß.
Die Stellung eines typischen Überwachungsgaranten nimmt auch der Inhaber eines Waffengeschäfts ein, der durch seine Geschäftstätigkeit eine Gefahr für die allgemeine Sicherheit schafft, die es rechtfertigt, ihn mit besonderen positiven Pflichten zu belasten dergestalt, daß er zur Überwachung seiner selbst durch bestimmte Meldungen und Auskünfte und zur Ermöglichung von Kontrollen angehalten ist. Der Jagdberechtigte ist zur Abgabe von Meldungen im Falle einer Wildseuche ebenfalls als Gefahrenquellengarant der Tiere seines Bezirks aufgerufen. Ein Gaststätteninhaber ist als Verantwortlicher über den eigenen Herrschaftsbereich aufgerufen, die vielfältigen, von einem Gaststättenbetrieb ausgehenden Gefahren für die Allgemeinheit einzudämmen.[1] Seine besonderen Pflichten zur Auskunftserteilung und dgl. sind lediglich Ausfluß dieser sozialen Sonderstellung.
Auch wer Erzeugnisse der Landwirtschaft oder Fischerei, die zum Genuß durch Menschen bestimmt sind, verkauft oder feilhält, schafft eine potentielle Gefahr für die Allgemeinheit, insbesondere für die Volksgesundheit. Gleiches gilt für den Apotheker, der über gefährliche Arzneistoffe verfügt. Beide Personengruppen tragen daher eine besondere garantenähnliche Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit.
Ein Teilnehmer am Außenwirtschaftsverkehr schafft für die innerstaatliche Wirtschaft (Geldwertstabilität, Konjunktur) nicht unerhebliche Gefahrenmomente, wie sich aus §§ 6 - 10 AWG ergibt. Er nimmt daher ebenso eine Garantenstellung ein wie der Inhaber eines Handwerksbetriebes, dessen besondere Verantwortlichkeit sich daraus ergibt, daß Handwerkerleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge häufig besondere Sorgfaltsanforderungen stellen, um Gefahren für Menschen zu vermeiden. Sowohl der eine wie der andere ist verpflichtet, zwecks Überwachung seiner selbst dem Staat und der Allgemeinheit gewisse

---

1) Zur Garantenstellung des Gastwirts vgl. RGSt 58, 300; Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 128

Sonderopfer zu erbringen. Gleiches gilt erst recht für denjenigen, der Rohrleistungsanlagen zur Beförderung wassergefährdender Stoffe verlegt (§§ 26, 41 Nr.4 WasserhaushG).Seine besondere Verantwortung als Gefahrenquellengarant versteht sich von selbst.

Sogar bei so eindeutig täteroffenen Tatbeständen wie den allgemeinen landesrechtlichen Meldegeboten bei Wohnsitzwechsel lassen sich Anklänge an das Prinzip der Garantenhaftung feststellen. Denn die Meldepflicht wird stets erst akut, wenn der Betreffende durch die Änderung seines Wohnsitzes eine gewisse "Verfälschung" der behördlichen Meldebücher bewirkt, indem diese durch den Wohnsitzwechsel unrichtig werden. Für die Beseitigung dieser Unrichtigkeit hat er gleichsam wie ein Garant aus vorangegangenem Tun dem Staat gegenüber einzustehen.

Alle dargebrachten Beispielsfälle sind also unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Verantwortlichkeit des Gebotsadressaten für gewisse, von ihm beherrschte potentielle Gefahrenquellen zu sehen. Durch die Beschränkung auf solchermaßen qualifizierte Täter ist den bisher besprochenen Unterlassungstatbeständen das Erfordernis einer sozialen Sonderbeziehung -Garantenstellung- bereits vom Gesetzgeber eingebaut.[1]

II. Beschützergarantien

Dieser Garantentypus ist bei den echten Unterlassungstatbeständen des Ordnungsrechts ebenso selten vertreten wie bei den unechten.Aber es lassen sich doch einige Beispiele finden; so etwa mit den oben herangezogenen §§ 69 I Nr. 1 bis 4 BSeuchenG, 10 I S.2 GeschlechtskrankhG, soweit dort der Täterkreis auf Ärzte, Krankenpfleger, Hebammen und Leichenschauer beschränkt ist.[2] Kraft ihrer eigenen Berufsstellung haben alle diese Personen der Allgemeinheit gegenüber eine besondere Verantwortung für die Erhaltung der allgemeinen

---

1) Für einige echte Unterlassungsdelikte des StGB ist dies erstmals von Meyer-Bahlburg (GA 1966,203) betont worden. Auch bei Göhler (Kommentar § 9 Anm.2) klingt der Gedanke einer Garantenstellung des "echten Unterlassers" an.

2) vgl. § 4 BSeuchenG; hinsichtlich des dort erwähnten "Familienoberhaupts" liegt ein Fall der Überwachungsgarantie vor.

Volksgesundheit übernommen. Ihr gegenüber sind sie daher als Beschützergaranten kraft Gewährsübernahme zum Schutz dieses kollektiven Rechtsguts verpflichtet. Ein weiteres Beispiel bietet § 118 Abs. 1 mit den Nr. 1 und 2 der HandwerksO, der auf die Beschützerpflicht des Betriebsinhabers gegenüber seinen Lehrlingen abstellt, während das Anzeigegebot im Falle der Betreuung eines Pflegekindes nach § 88 I Nr. 2 i.V.m. § 32 JugendwohlfahrtsG auf der freiwillig übernommenen Beschützerstellung der Pflegeeltern dem Pflegling gegenüber beruht.

B) Auswertung

I. Tatbestandsrestriktionen

Welche Erkenntnisse sind nun aus den vorgefundenen Einzelanalysen zu ziehen? Zunächst ist festzustellen, daß ein Strukturunterschied zwischen den echten und den unechten Unterlassungsverstößen dergestalt, daß nur bei letzteren die Handlungspflicht "aus engerer sozialer sozialer Verantwortung entspringt", während sie bei ersteren "sich aus dem Universalbereich des Lebens als normale Verantwortung ergibt"[1], entgegen vielfach in der Strafrechtsliteratur vertretenen Auffassung im Ordnungsrecht jedenfalls nicht besteht.[2] Vielmehr kann als Regel aufgestellt werden, daß im Normalfall auch der Handlungsbefehl eines echten Unterlassungstatbestandes eine erhöhte soziale Verantwortlichkeit des Normadressaten voraussetzt. Fraglich ist nur, ob das Garantenprinzip ausnahmslos für alle Fälle echter Unterlassensverstöße im Ordnungsrecht Geltung beanspruchen kann.
Dies läßt sich m.E. allein mit dem Hinweis auf die festgestellte Regelstruktur der echten Unterlassungstatbestände wohl nicht positiv begründen. Es kann dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, ausnahmsweise auch einmal einen echten Unterlassungstatbestand als "täteroffenen" Tatbestand auszugestalten. Jedoch muß dann ein Regel-Ausnahme-Prinzip Gültigkeit haben, d. h. es müssen besondere Umstände innerhalb des Tatbestandes -wie z. B. die Bedrohung eines außerordentlich

1) Vogt ZStW 63. 400; vgl. auch Böhm JuS 1961, 178; Maurach Lb. A.T. S. 604
2) Gegen diese Lehre neben Meyer-Bahlburg a.a.O. auch Herzberg, Unterlassung S. 45 f.

wichtigen Schutzgutes oder Schutzzwecks - die Annahme rechtfertigen, daß der Gesetzgeber tatsächlich den tatbestandlichen Handlungsbefehl auf alle Rechtsgenossen ausgedehnt wissen will. Bei fast allen ausnahmsweise täteroffenen Unterlassungstatbeständen liegt nämlich die Notwendigkeit einer Täterrestriktion so klar auf der Hand, daß man ohne weiteres von einem Versehen des Gesetzgebers ausgehen kann. Man betrachte etwa § 15 StVO, wo es schlicht heißt: "Bleibt ein mehrspuriges Fahrzeug an einer Stelle liegen, an der es nicht rechtzeitig als stehendes Hindernis erkannt werden kann, so ist sofort Warnblinklicht einzuschalten. Danach ist mindestens ein auffällig warnendes Zeichen gut sichtbar in ausreichender Entfernung aufzustellen ....."
Obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach den Kreis der Verpflichteten in keiner Weise einschränkt, kann kein Zweifel bestehen, daß eine solche Einschränkung geboten ist. Es kann schlechterdings nicht jeder, der an dem liegengebliebenen Fahrzeug zufällig vorbeikommt, aus § 15 StVO verpflichtet sein. Zur Absicherung verpflichtet sind vielmehr nur solche Personen, die in Bezug auf das Fahrzeug als Gefahrenquelle eine Garantenposition einnehmen, nämlich der Fahrer oder Halter und allenfalls noch der Beifahrer, wenn es sich um Berufskraftfahrer handelt.[1]
Als Versehen des Gesetzgebers muß auch etwa § 84 II Nr. 1 Bundesleistungsgesetz angesehen werden. Danach handelt ordnungswidrig, "wer, ohne Leistungspflichtiger zu sein, in Kenntnis der Leistungspflicht eines anderen[2] einen Gegenstand, der nicht lediglich durch Bereitstellungsbescheid angefordert ist, beiseiteschafft, beschädigt, zerstört, unbrauchbar macht oder v e r d e r b e n l ä ß t." Letztere Alternative beschreibt einen offenen Unterlassungstatbestand ohne Täterbegrenzung. Es kann aber schlechterdings nicht rechtens sein, daß jedermann von dieser Pflicht betroffen sein soll, was bei wortgetreuer Interpretation unvermeidlich wäre. Es wäre dann

1) so Cramer, Straßenverkehrsrecht § 15 StVO Rdn. 24 F.; zur Frage, inwieweit ein privater Mitfahrer haftet, der die Absicherung des Fahrzeugs übernommen hatte, vgl. BGH VRS 63, 1026.
2) Wegen der Lesitungspflicht vgl. § 9 BLG

z. B. der Nachbar eines "Leistungspflichtigen" dazu aufgerufen, eine in dessen Garten lagernde und vom Verderben bedrohte Sache sicherzustellen, wenn er nur davon Kenntnis hat, daß es sich um einen "angeforderten Gegenstand" handelt! Das widerspräche jedem Rechtsgefühl.
Auch dieser Tatbestand ist daher durch eine restriktive Auslegung dahin zu korrigieren, daß für die Unterlassungsalternative nur ein besonders Verantwortlicher -ein Garant- in Betracht kommt.
In einigen Fällen hat der Gesetzgeber dem Garantengedanken als tragendem Grundprinzip auch der echten Unterlassungsverstöße eindeutig dadurch Ausdruck verliehen, daß er den Normbefehl ausdrücklich nur an einen besonders "Verantwortlichen" richtet, wie z.B. in §§ 49 II Nr. 3, 28 I S. 1 StVO, die das verkehrsgefährdende Herumlaufenlassen von Tieren betreffen, oder in § 32 StVO, wo das Liegenlassen von Gegenständen auf der Fahrbahn seitens des dafür "Verantwortlichen" mit Buße bedroht ist. Der Begriff des "Verantwortlichen" wird in diesen Vorschriften offenbar als gleichbedeutend mit dem des Garanten verwendet.[1]
Bei manchen Tatbeständen ist die Täterbegrenzung auf Personen mit garantenähnlichen Zügen auf den ersten Blick nicht klar erkennbar. Es sind dies jene Blankettatbestände, deren Normbefehl in jedem einzelnen Fall der Konkretisierung durch eine besondere hoheitliche Einzelverfügung bedarf, wie es z. B. bei der Vorladung zum Verkehrsunterricht und dgl. der Fall ist. Dort steht der Täter zwar nicht in einem echten Garantenverhältnis, aber durch die speziell an ihn ergangene konkrete Einzelverfügung wird er doch aus der grauen Masse der übrigen Rechtsgenossen so deutlich herausgehoben, daß man von einer gewissen sozialen Sonderstellung sprechen kann.
Fälle dieser Art sind ferner z. B. mit § 24 II Nr. 3 i.V.m.

---

1) Sachlich übereinstimmend Cramer, Straßenverkehrsrecht § 32 StVO Rdn. 17; vgl. auch OLG Hamm VRS 7, 213; BGH VRS 20, 337

§ 20 II UnterhaltssicherungsG oder §§ 10, 14 StatistikG bezeichnet, wo bestimmte Auskunftspflichten erst mit Erhalt einer konkreten behördlichen Anfrage oder Aufforderung entstehen. Auch die sog. "Notstandsgesetze" erfordern vielfach eine besondere "Anforderung" in Form einer Einzelverfügung[1], soweit echte Unterlassungstatbestände in Frage stehen.
Da bei allen diesen Tatbeständen die Handlungspflicht des Normadressaten durch einen behördlichen Einzelakt aktualisiert wird, lassen sich die entsprechenden Zuwiderhandlungen als "Sonderdelikte mit garantenähnlicher Täterbegrenzung" begreifen und stützen daher durchaus unser Verständnis der echten Unterlassungsverstöße als "Sonderordnungswidrigkeiten".

Aber selbst jene wenigen echten Unterlassungsverstöße, die weder eine garantenähnliche Täterbegrenzung enthalten, noch als "Versehen des Gesetzgebers" aufgefaßt werden können, scheinen mir unser zuvor erläutertes Regel-Ausnahme-Prinzip zu bestätigen. Solche täteroffenen Unterlassungstatbestände finden sich z.B. in einzelnen Alternativen der §§ 16, 25, 32 PStG.[2] Es handelt sich um Verstöße gegen Anzeigepflichten im Falle der Geburt eines Kindes, des Auffindens eines "Findelkindes" oder im Todesfall. Zur Anzeige verpflichtet sind etwa bei der Geburt in nachrangiger Reihenfolge der eheliche Vater, die bei der Geburt zugegen gewesene Hebamme oder der Arzt, sowie jede andere Person, die bei der Geburt zugegen war oder aus eigener Wissenschaft davon unterrichtet ist, § 17 PStG.
Die drei erstverpflichteten Personengruppen weisen die garantentypischen Merkmale auf. Erst wenn kein vorrangig Verpflichteter aus einer dieser Gruppen vorhanden ist, wird die Anzeigepflicht eines unbeteiligten "Jedermann" akut. Ähnlich ist die Rangfolge der Verpflichteten im Todesfall. Nur im Falle des § 25 PStG muß jeder, der das neugeborene Kind findet, (Findelkind) ohne Rücksicht auf eine vorgehende Verpflichtung

---

1) vgl. die einschlägigen Bestimmungen in §§ 32 ArbeitssicherstellungsG, 26 und 27 VerkehrssicherstellungsG;
2) Unter Bußandrohung gestellt durch § 68 PStG

anderer sozial sonderverantwortlicher Personen den Fund des Kindes bis spätestens zum folgenden Tage bei einer zuständigen Behörde anzeigen, widrigenfalls er der Buße des § 69 PStG verfallen ist.
Durch diese Rangfolge gibt das Gesetz zu erkennen, daß es den unbeteiligten Rechtsgenossen nur in Ausnahmefällen mit einem Handlungsgebot unter Bußandrohung belasten will und daß im Regelfall nur der sozial besonders herausgehobene verpflichtet sein soll. Daraus wird man die Schlußfolgerung zu ziehen haben, daß dann, wenn die Meldepflicht im konkreten Fall tatsächlich einmal für einen unbeteiligten Bürger akut werden sollte, dem regulativen Prinzip der Zumutbarkeit ganz besondere Beachtung zu schenken ist.
Die an jedermann gerichtete Aufforderung zur Anzeige im Falle des § 25 PStG (Findelkind) hingegen läßt nun allerdings für den Gedanken einer Sonderverantwortung keinen Raum. Insoweit liegt tatsächlich eine Ausnahme von dem hier angenommenen Garantenprinzip bei den echten Unterlassungstatbeständen vor. Diese Ausnahme ist aber nach den vorangestellten Kriterien durchaus gerechtfertigt, denn hier steht in der Tat ein überragendes Interesse der Allgemeinheit auf dem Spiel, welches ein an jedermann adressiertes Handlungsgebot notwendig macht, nämlich das Interesse an der Feststellung der Identität des Neugeborenen und seiner Eltern. Zur Wahrung dieses Identifizierungsinteresses ist eine möglichst schnelle Aufnahme der Ermittlungen unerläßlich. Daher muß hier das Freiheitsinteresse des Einzelnen ausnahmsweise zurücktreten.
Vergleichbare Interessenkonflikte als Grundlage einer durch echte Unterlassungstatbestände zu regelnden Lebenssituation dürfte es im Ordnungsrecht nur ganz selten geben. Wo sie tatsächlich auftreten, ist ggf. das Unterlassen des betroffenen nicht sozial sonderverantwortlichen Rechtsgenossen besonders sorgfältig am Maßstab der Zumutbarkeit zu messen.

II. Konsequenzen für die Beteiligung an echten Unterlassungsverstößen

Eine weitere Konsequenz aus der Regelstruktur der echten Unterlassungsverstöße als Garantenverstöße ergibt sich im Hinblick auf die Beteiligung an derartigen Verstößen, insbesondere für die Form der Beteiligung durch unechtes Unterlassen. Wenn der an den Haupttäter ergehende Normbefehl des echten Unterlassungstatbestandes regelmäßig aus einer vorgegebenen besonderen Pflichtenbeziehung oder doch einer garantenähnlichen Sonderstellung entspringt, so ist jeder an dieser Pflichtenbindung nicht teilhabende Beteiligte "Außenseiter", also eigentlich selbst von der Norm überhaupt nicht angesprochen. Ergibt sich seine Beteiligung nur aus einem pflichtwidrigen -unechten- Unterlassen seinerseits, -in Betracht kommt insoweit praktisch nur ein "pflichtwidriges Nichtauffordern zur Pflichterfüllung"- seitens eines Überwachungsgaranten- so liegen dort gewissermaßen zwei hintereinandergeschaltete soziale Sonderstellungen vor, die erst die Haftung des Beteiligten begründen. Es besteht dann nur eine ganz entfernte Beziehung des Hintermannes zum Unrechtserfolg - falls die Unterlassungstat des Haupttäters die oben genannten Voraussetzungen eines solchen überhaupt erfüllt.

Das muß sich im Rahmen der Bußzumessung so zugunsten des Beteiligten auswirken, daß er im Regelfall von einer ordnungsrechtlichen Verfolgung ganz freigestellt wird.[1]
Bei einer Beteiligung durch aktives Tun ("Abstiften " von der Gebotserfüllung) wird aufgrund der fehlenden persönlichen Pflichtenbindung regelmäßig eine mildere Beurteilung der Tat des Beteiligten geboten sein.

---

vgl. oben II. Kap. § 7 B II

§ 9 Garantenprinzip und "gemischte Tatbestände"

In den voraufgegangenen Erörterungen war immer wieder von echten U n t e r l a s s u n g s tatbeständen die Rede. Nun fragt es sich aber, ob das hinsichtlich jener Tatbestände, denen eine Garantenposition des Normadressaten bereits stillschweigend "eingebaut ist", die korrekte Bezeichnung ist.

Bei diesen Tatbeständen könnte es nämlich so sein, daß allein der Verstoß gegen die besondere Pflichtenbindung den Unwertgehalt der Zuwiderhandlung ausmacht mit der Folge, daß die Art der Tatbestandsverwirklichung ganz ohne Bedeutung wäre, also u.U. auch ein positives Tun als tatbestandsmäßige Handlung in Betracht käme.

Andererseits existieren -wie sogleich zu zeigen ist- eine Reihe von Tatbeständen, die ihrem Wortlaut nach auf positives Tun zugeschnitten sind, aber gleichfalls den Täterkreis auf garantenpflichtige Personen beschränken. Bei diesen Tatbeständen könnte umgekehrt auch ein Unterlassen ohne weiteres tatbestandsmäßig sein. Allgemein könnte man solche Tatbestände als "gemischte Tatbestände" bezeichnen, weil sie sowohl durch positives Tun wie auch durch Unterlassen ohne Hinzuziehung weiterer Erfordernisse verwirklicht werden können. Diesem Typus von Mischtatbeständen zuzuordnen wären insbesondere auch solche Tatbestände mit exclusivem Täterkreis, die schon in ihrem Wortlaut so gefaßt sind, daß sie beide Grundformen der menschlichen Verhaltensweisen ohnehin umgreifen. Ein solcher Tatbestand ist z.B. mit §§ 69 I Nr. 11, 45 IV BSeuchenG genannt. Danach handeln Eltern ordnungswidrig, wenn sie ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, "dafür zu sorgen", (§ 45 IV), daß ihre einer ansteckenden Krankheit verdächtigen Kinder die Räume einer öffentlichen Schule nicht betreten.

Durch die genannten Vorschriften wird den Eltern -als Überwachungsgaranten ihrer Kinder- zugleich v e r b o t e n, die Kinder im gegebenen Fall zur Schule zu schicken, wie auch, sie ggf. vom Schulbesuch abzuhalten g e b o t e n.

Wir haben hier einen ersten Fall eines gemischten Tatbestandes vor uns, in dem durch die Tatbestandsfassung "hat dafür zu sorgen" eindeutig klargestellt ist, daß der Gegensatz von Tun und Unterlassen bedeutungslos sein soll.
Daß das Gesetz auch anderen Tatbeständen mit eingearbeiter Garantenposition die gleiche Funktion als "Mischtatbestand" beimißt, läßt sich mit verschiedenen Beispielen belegen, in denen die Gleichstellung expressis verbis vollzogen ist: so etwa bei § 69a I Nr. 8, 11 i.V.m. §§ 15a II und 15d III StVZO. Gem. ersterer Vorschrift handelt ordnungswidrig ein Kraftfahrzeughalter (Überwachungsgarant !), wenn er entgegen der Bestimmung des § 15a IIa Verstöße gegen die Höchstdauer der täglichen oder wöchentlichen Lenkung eines Fahrzeugs oder (vgl. Nr. 11) die Fahrgastbeförderung durch einen Fahrer ohne Fahrerlaubnis anordnet oder zuläßt.
Es sprechen also gute Gründe dafür, bei Tatbeständen, deren Normbefehl sich ausschließlich an sonderpflichtige Adressaten richtet, die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen rigoros fallen zu lassen.
Für das Strafrecht hält dies Roxin -wie bereits oben angedeutet wurde- bei allen von ihm so bezeichneten "Pflichtdelikten" für geboten. Wo schon das positive Tun nur als Pflichtdelikt strafbar sei, so lehrt er, da ergäben sich zwischen Begehung und Unterlassung keine strukturellen Unterschiede, so daß beide Verhaltensweisen einem einheitlichen Tatbestand zu subsumieren seien. Zwar bleibe hier der seinsmäßige Unterschied zwischen Begehen und Unterlassen bestehen; da aber der Tatbestand ein normatives Gebilde sei, werde die Beziehung zwischen Rechtsgüterbeeinträchtigung und Deliktssubjekt allein durch den Pflichtverstoß hergestellt, demgegenüber die Modalitäten des äußeren Geschehensablaufs irrelevant seien.[1]
Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Schünemann:"Die metastrafrechtliche Rechtspflicht", so schreibt er, "ist bei

---

1) vgl. Täterschaft S. 460 f.

den eigentlichen Pflichtdelikten allein ausschlaggebend." Auf Roxin verweisend stellt er fest, daß es bei diesen Delikten vollkommen gleichgültig sei, ob die Pflicht durch positives Tun oder Unterlassen verletzt werde.[1]
Es erscheint aber fraglich, ob das in dieser Allgemeinheit richtig ist. Soweit beide Autoren sich auf den Treubruchtatbestand des § 266 StGB beziehen, ist ihnen uneingeschränkt zuzustimmen. Denn hierbei handelt es sich tatsächlich um einen Tatbestand mit "eingearbeiteter Garantenstellung"[2], und -was in diesem Zusammenhang entscheidend ist- um einen vollkommen verhaltensneutral formulierten Tatbestand. Die tatbestandsmäßige Handlung besteht in einer P f l i c h t v e r l e t z u n g. Dann kann es keinen Unterschied machen, ob der Garant, dessen Pflicht gleichzeitig Handlungs -und Unterlassungspflicht ist,[3] den Pflichtverstoß durch ein aktives oder ein passives Verhalten begeht. Entscheidend für die Unrechtsbewertung ist hier vielmehr allein der durch die Pflichtverletzung herbeigeführte Unrechtserfolg.
Damit ist bereits eine erste homogene Gruppe von Tatbeständen herauskristallisiert, die auch im Ordnungsrecht als Pflichtverletzungstatbestände unzweifelhaft "Mischtatbestände" im vorbezeichneten Sinne darstellen. Das Ordnungsrecht ist reich an derartigen Tatbeständen. Beispielhaft seien einige von ihnen angeführt: viele Tatbestände der "Notstandsgesetze" knüpfen an die Nichterfüllung bestimmter Leistungspflichten an, wie z.B. die Pflicht zur Instandhaltung einer im Verteidigungsfall benötigten Anlage[4], zur Verwahrung oder Verwendung bestimmter Gegenstände[5] und dgl. Diesen Vorschriften liegt das aus dem privaten Schuldrecht geläufige Prinzip zugrunde, daß der Schuldner einer Leistung aufgrund seiner schuldrechtlichen Sonderbeziehung alles zur Herbeiführung

1) Grund und Grenzen S. 370
2) so auch Schönke-Schröder § 266 Rdn. 36
3) vgl. Schönke-Schröder a.a.O.
4) vgl. § 29 I Nr. 2 Wassersicherstellungsgesetz
5) vgl. § 28 I Nr. 1 Verkehrssicherstellunggesetz

der geschuldeten Leistung erforderliche zu tun, und alles den Leistungserfolg hindernde zu unterlassen hat.
Pflichtwidrig und tatbestandsmäßig ist daher bei den vorgenannten Vorschriften jedes Verhalten, das den Sinn einer Vereitelung des Leistungserfolgs hat.
Sehr deutlich tritt die Identität von Normverstoß und Pflichtverletzung auch bei einigen Tatbeständen hervor, die eine Verletzung von Melde -oder Auskunftspflichten beschreiben.[1]
Bisweilen ist die tatbestandsmäßige Handlung auch als "Sich-der Pflicht-Entziehen" formuliert.[2] Auch dann besteht kein Zweifel, daß der Tatbestand, obwohl die Handlung in eine Aktivform gekleidet ist, auch ein Unterlassen gebotener positiver Pflichterfüllung miterfassen will.
Eine wichtige Fallgruppe innerhalb dieser Kategorie der Pflichtverletzungstatbestände bilden jene Tatbestände, deren Bußdrohung an die Nichterfüllung bestimmter Mitwirkungspflichten bei der Durchführung behördlicher Kontroll -und Überwachungsmaßnahmen anknüpft. Solche Tatbestände finden sich in fast allen speziellen Gesetzesmaterien. Zumeist wird auf eine Vorschrift Bezug genommen, die den Betroffenen zur Duldung oder Gestattung des Betretens von Räumen oder Grundstücken, der Prüfung von Waren und Geschäftsunterlagen oder der Entnahme von Proben verpflichten. Als Musterbeispiel aus dieser Fallgruppe kann auch § 25 I Nr. 3 Apothekengesetz gelten, dessen Bußdrohung auf die Verletzung einer durch § 19 dieses Gesetzes normierten Verpflichtung Bezug nimmt, welche darin besteht, den staatlichen Stellen die Ausübung ihrer Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen zu e r m ö g l i c h e n.
Bei allen diesen Tatbeständen läßt schon der Wortlaut der Pflichtenbeschreibung keinen Zweifel daran, daß Verhaltensunterschiede für die Tatbestandsverwirklichung bedeutungslos sein sollen. Es kommt allein darauf an, ob der tatbestandsmäßige Unrechtserfolg -Vereitelung oder Erschwerung der Kontrollmaßnahme- aufgrund eines dem Pflichtigen zurechenbaren Verhaltens herbeigeführt wird. Nicht anders ist die Situation,

1) z.B. bei § 69 I Nr. 2 BSeuchenG, § 17 KulturschutzG;
2) vgl. § 58 I Nr. 9 LuftverkehrsG.

wenn die tatbestandsmäßige Handlung, wie etwa in § 18 I Nr. 6 i.V.m. § 14 V Kriegswaffengesetz als "Zuwiderhandlung" gegen eine bestimmte Pflicht formuliert ist.

Allgemein kann gesagt werden, daß ein Mischtatbestand zweifelsfrei jedenfalls dann vorliegt, wenn dem Tatbestands eine Garantenpflicht eingearbeitet ist und schon durch eine äußerlich neutrale Formulierung der tatbestandsmäßigen Verhaltensbeschreibung klargestellt ist, daß beide Grundformen menschlicher Verhaltensweisen erfaßt werden sollen. Dies muß nicht notwendig durch die Verwendung des Begriffs der "Pflichtverletzung" geschehen, sondern kann sich auch aus anderen Formulierungen ergeben. So besteht etwa die tatbestandsmäßige Handlung des § 35 I Nr. 3 (4) Eichgesetz darin, daß ein sonderpflichtiger Täter im Geschäftsverkehr mit Meßgeräten , die der Eichpflicht unterliegen, planmäßig Fehlergrenzen , Abweichungen oder Streugrenzen zu seinem Vorteil "a u s n u t z t". Unter "Ausnutzen" wird man hier jedes Verhalten verstehen müssen, durch das der Täter mittels des Meßfehlers sich auf irgendeine Weise einen Vorteil verschafft.

Zweifel kommen aber auf, wenn ein exclusiv auf Garanten zugeschnittener Tatbestand nicht in eindeutiger Weise "verhaltensneutral" formuliert ist, sondern im Gegenteil seinem Wortlaut nach nur ein Unterlassen oder aber ein spezifisch geartetes positives Tun beschreibt. Letzteres ist gerade bei der wichtigen Fallgruppe der Vereitelung behördlicher Kontroll -und Überwachungsmaßnahmen häufig der Fall. Diese Tatbestände erfordern vielfach eine Herbeiführung des vorbezeichneten Erfolgs auf ganz bestimmte Art und Weise . So knüpft z.B. § 33 III Nr. 3 AWG die Bußdrohung daran, daß der Pflichtige die Duldung der Prüfung "v e r w e i g e r t".[1] Nach Nr. 4 derselben Vorschrift muß die Nachprüfung u.a. durch ein "Verheimlichen" von Büchern oder Aufzeichnungen verhindert oder erschwert werden. Andere Vorschriften setzen voraus, daß der

1) Ebenso: §§ 29 I Nr. 5 WassersicherstellG; 19 I Nr. 2 WirtschaftssicherstG; 14 I StatistikG (Auskunftsverweigerung); 10 I Nr. 2 LuftreinhaltungsG

Pflichtige die Kontrollmaßnahme "nicht duldet"[1], nicht "gestattet"[2] oder den Einblick in geschäftliche Unterlagen "nicht gewährt"[3]. Und hier setzen die Bedenken gegen die Lehre von Roxin und Schünemann ein. Denn möglicherweise beinhalten Pflichttatbestände dieser Art, indem sie einen spezifisch gearteten Handlungsvollzug erfordern, einen besonderen zusätzlichen Unwertgehalt, der mit dem Gedanken der Pflichtverletzung nicht erfaßt wird.

Ein Beispiel: Hat ein "duldungspflichtiger" Betriebsinhaber von dritter Seite erfahren, daß ihm eine überraschende behördliche Kontrolle ins Haus steht und bleibt er deshalb unter Mitnahme der Zugangsschlüssel zu den Kontrollräumen in den folgenden Tagen seinem Betrieb geflissentlich fern, so daß die Beamten die Kontrolle nicht durchführen können, so hat er durch sein Verhalten zweifellos den rechtlich mißbilligten Erfolg der Kontrollvereitelung herbeigeführt - wobei dahinstehen kann, ob durch Tun oder Unterlassen. In jedem Fall stellt sich aber die Frage, ob man sagen kann, er habe etwa die Duldung des Betretens von Geschäftsräumen "verweigert".[4]

Erfordert der anzuwendende Tatbestand insoweit ein besonders geartetes Verhalten mit einem spezifischen Verhaltensunwert, so kann dies auch unter dem Gesichtspunkt eines "Pflichtverletzungstatbestandes" nicht bedeutungslos sein. Das Erfordernis etwaiger spezifischer Handlungsmerkmale kann jedenfalls durch diese besondere Struktur eines Tatbestandes nicht ohne weiteres suspendiert sein.

Da die Gleichschaltung von aktiver und passiver Pflichtverletzung bei den "Pflichtdelikten" auf dem am unechten Unterlassungsdelikt entwickelten Prinzip der Garantenhaftung als Erfolgshaftung beruht, müssen auch in dieser Frage die für das unechte Unterlassungsdelikt geltenden Regeln zur Anwendung kommen. Tatsächlich ist die Frage, ob und inwieweit besondere

1) vgl. etwa §§ 69 I Nr. 7 BSeuchenG, 118 Nr. 2 HandwerksO, 35 I Nr. 11 EichG, 25 I Nr. 8 PflanzenschutzG.
2) vgl. z.B. § 50 I Nr. 5a BWasserstraßenG, § 18 II Nr. 15 TierschutzG, § 55 I Nr. 24 WaffenG;
3) vgl. § 28 I Nr. 11 GaststättenG
4) vgl. §§ 29 I Nr. 5 WassersicherstG; 19 I Nr. 2 WirtschaftssicherstG.

Eigenschaften der tatbestandsmäßigen Handlung als zusätzliche Unrechtsfaktoren den Unwertgehalt eines Tatbestandes und damit die entsprechende Garantenhaftung für pflichtwidriges Unterlassen beeinflussen, primär ein Problem der unechten Unterlassungsverstöße. In der Strafrechtsdogmatik wird das Problem sogar ausschließlich im Hinblick auf die unechten Unterlassungsdelikte erörtert.[1]

Auf der Basis der hier getroffenen Unterscheidung echter und unechter Unterlassungsverstöße handelt es sich aber jedenfalls im grundsätzlichen um eine übergreifende Problematik, die bei beiden Arten von Unterlassungsverstößen auftritt und auch nur einheitlich gelöst werden kann. Wir müssen daher unseren Blick erweitern um das Feld der unechten Unterlassungsverstöße, was im folgenden Abschnitt geschehen soll. Zuvor ist aber noch der Vollständigkeit halber ein anderer Problemkreis im Zusammenhang mit den Mischtatbeständen zu streifen, nämlich die Frage, wie es um die Bedeutung der Verhaltensunterschiede bei jenen Tatbeständen bestellt ist, die lediglich ein Unterlassen in ihrem Wortlaut beschreiben.

§ 10 Unterlassungsverstöße durch Begehung ?

Bei den zuvor beschriebenen echten Unterlassungstatbeständen kann die Frage auftauchen, ob ihnen u.U. auch einmal ein positives Tun subsumiert werden kann, m.a.W., ob es so etwas wie eine "Unterlassung durch Begehung" gibt. Die Frage wird in der Strafrechtsliteratur lebhaft diskutiert.[2] Auch in der ordnungsrechtlichen Literatur hat sie Beachtung gefunden. So möchte etwa Cramer, "um der Symmetrie der Erscheinungen gerecht zu werden", von "unechten Begehungsdelikten" sprechen.[3] Es ist aber die Frage, ob es sich bei dieser Erscheinung wirklich um ein symmetrisches Gegenstück zu den unechten Unterlassungsdelikten handelt und ob damit überhaupt ein echtes, praktisch bedeutsames Problem aufgeworfen ist.

1) vgl. neuerdings aber Herzberg, Unterlassung S. 56 ff.
2) vgl. aus der jüngsten Literatur etwa: Roxin, Engisch-Festschrift S. 382 ff. m.w.N.; Meyer-Bahlburg GA 1968, S. 49; Herzberg, Unterlassung S. 36
3) Grundbegriffe 13/6

Armin Kaufmann scheint dies verneinen zu wollen. "Die Annahme einer Gruppe von Unterlassungsdelikten durch Begehung", so äußert er sich, "scheint einem Gebot der Ästhetik zu entsprechen; denn wenn sich im Strafrechtssystem Begehungdelikte durch Unterlassung befinden, muß es dann nicht auch Unterlassungsdelikte durch Begehung geben ?"[1]

Wir wollen prüfen, ob hinter der Fragestellung mehr als ein ästhetisches Bedürfnis steckt. Roxin hat für das Strafrecht drei Fallgruppen herausgearbeitet, in denen er dem Problem praktische Relevanz beimißt:[2]

Die erste Gruppe bilden danach jene Fälle, in denen ein Handlungspflichtiger eine bereits in Gang gesetzte Kausalkette, die zur Gebotserfüllung hinführt, durch späteres aktives Tun wieder abbricht. Beispielsfälle dazu lassen sich unter dem Aspekt der zahlreichen Anzeige -und Meldegebotstatbestände des Ordnungsrechts denken: nehmen wir an, ein Geschäftsmann G habe eine bereits fertig geschriebene vorgeschriebene Anzeige zu der ausgehenden Post gelegt, erliegt dann aber doch der Versuchung und ruft die bereits mit Brief auf dem Weg befindliche Sekretärin zurück. Sodann vernichtet er den Brief, so daß die Anzeigepflicht ungenutzt verstreicht.

Die zweite Fallgruppe betrifft jene Fälle, in denen der Pflichtige sich selbst durch eine aktive Handlung außerstande setzt, die gebotene Handlung vorzunehmen, z. B. dadurch, daß er sich vorsätzlich sinnlos betrinkt.[3]

Als praktisch bedeutsamste Fallgruppe nennt Roxin schließlich noch die Fälle der aktiven Teilnahme (Beihilfe, Anstiftung) am Unterlassungsdelikt eines anderen. Was es damit auf sich hat, wird sogleich zu erläutern sein.

Betrachten wir zunächst die zwei ersten Fallgruppen. Roxin meint, die Problematik lasse sich durch die Erwägung lösen, daß jeweils der positive und der negative Energieeinsatz einander aufhöben, so daß die Tat nicht anders zu bewerten sei, als wenn von vornherein keine Aktivität entfaltet worden wäre.[4]

---

1) Dogmatik S. 194 f.
2) Täterschaft S. 382 ff.
3) vgl. auch das Beispiel bei H. Mayer, Lb. S. 111
4) a.a.O. S. 383

M. E, handelt es sich indessen um eine Scheinproblematik. Es liegen in beiden Fallgruppen gewöhnliche echte Unterlassungsdelikte vor, bei denen lediglich die entscheidende Verhaltensweise -das Unterlassen- durch eine sich in den Vordergrund schiebende Aktivhandlung verdeckt wird.
Will man wirklich annehmen, derjenige, der den bereits aus der Hand gegebenen Brief zurückholt oder der sich durch Betrinken zur Gebotserfüllung außerstande setzt, verwirkliche den entsprechenden Unterlassungstatbestand durch positives Tun, so muß gerade das Tun -und nur dieses allein- Anknüpfungspunkt und Basis des rechtlichen Vorwurfs sein. Das ist es aber nicht. Mag auch der Briefschreiber in dem Augenblick, in dem er die Sekretärin zurückruft oder der anderweitig Verpflichtete in dem Augenblick, da er sich betrinkt, aktiv gehandelt haben, so bleibt doch in beiden Fällen das Faktum, daß er es insgesamt unterlassen hat, die gebotene Handlung vorzunehmen.[1]
Die Sache liegt nicht anders, als "wenn er sich die Meldung in den entscheidenden letzten Stunden der Rechtzeitigkeit durch einen Spaziergang unmöglich gemacht hätte."[3] Es ist gleichgültig, weshalb die Anzeige unterblieb; wichtig ist nur, daß sie rechtzeitig hätte erfolgen können. Die Situation ist, verglichen mit der beim Begehungsdelikt, genau umgekehrt: dort interessiert ein Unterlassen nur, soweit überhaupt keine Aktivität feststellbar ist; hier wird ein positives Tun erst interessant, wenn ein echtes Unterlassen sich überhaupt nicht finden läßt, was praktisch so gut wie ausgeschlossen ist.[4]
Wenn man sich diese Zusammenhänge vor Augen hält, erscheint auch ein anderer von Cramer[5] gebildeter Beispielsfall eines "unechten Begehungsdelikts" aus dem Ordnungsrecht unproblematisch: Cramer wirft die Frage auf, ob derjenige, der zur Abgabe einer Meldung gegenüber einer Behörde verpflichtet ist, den entsprechenden Unterlassungstatbestand auch dann begeht,

1) so auch Maurach, A.T. S. 579; Herzberg Unterlassung S.40 f.
3) Herzberg a.a.O.
4) vgl. aber den von Herzberg dargebotenen denkbaren Ausnahmefall (Unterlassung S. 44)
5) Grundbegriffe 13/6

wenn er eine f a l s c h e Meldung abgibt.
Richtigerweise kommt es auf den Umstand, daß hier eine Meldung abgegeben wurde, überhaupt nicht an. Maßgebend ist allein, daß der Verpflichtete es unterlassen hat, die r i c h t i ge Meldung abzugeben, obwohl dies möglich und zumutbar war.
Anders liegt dagegen die Sache in Fällen der dritten Roxin'schen Fallgruppe.
Nehmen wir an, die Ehefrau E des Gewerbetreibenden G verleitet diesen, weil sie Nachteile befürchtet, dazu, eine bereits formulierte Meldung, deren Abgabe ihm unter Bußandrohung anbefohlen ist, nicht abzuschicken.
Hier kann an ein Unterlassen der E nicht angeknüpt werden, weil sie selbst von der Meldepflicht überhaupt nicht betroffen ist. Um eine Verantwortlichkeit der E aus dem entsprechenden Unterlassungstatbestand zu begründen, bleibt also nur eine Anknüpfung an das aktive "Abstiften" des G von der Gebotserfüllung. Insoweit kommt also tatsächlich eine Art "Unterlassungsverstoß durch Begehung" in Betracht. Indes: besondere Probleme sind m.E. auch dadurch nicht aufgeworfen. Die E ist als "Beteiligte" nach dem entsprechenden Unterlassungstatbestand zur Verantwortung zu ziehen. Eine entsprechende Haftung des "Abstifters" als Teilnehmer war im Strafrecht bis in die neuere Zeit völlig unbestritten. Dagegen haben sich nun jüngst Armin Kaufmann[1] und ihm folgend Welzel[2] gewandt mit der Begründung, eine Anstiftung zum Unterlassungsdelikt könne es begrifflich nicht geben, da die Anstiftung die Erregung eines Tatentschlusses bedeute, also eines Vorsatzes, und ein Unterlassungsvorsatz überhaupt nicht denkbar sei. An die Stelle der Teilnehmerhaftung soll für diese Fälle des "Abstiftens von der Gebotserfüllung"[3] eine unmittelbare Begehungstäterschaft nach dem jeweils passenden Begehungstatbestand treten (statt Teilnahme am Delikt der unterlassenen Hilfeleistung etwa: Täterschaft nach §§ 212 oder 211 StGB). Abgesehen von den dogmatischen Ungereimtheiten und Inkonsequenzen, die von

1) Dogmatik S. 191 ff.
2) Lehrbuch S. 206
3) so die Terminologie von Armin Kaufmann a.a.O. S. 191

Stree[1] und Roxin[2] dieser Lehre nachgewiesen worden ist, ist sie auch für das Ordnungsrecht völlig unbrauchbar.
Es läßt sich kaum ein Fall des "Abstiftens von der Gebotserfüllung" denken, der über einen passenden Begehungstatbestand des OWiR erfaßt werden könnte, weil -anders als bei § 330c StGB- den meisten echten Unterlassungstatbeständen überhaupt kein auf denselben Schutzzweck bezogener Begehungstatbestand an die Seite gestellt ist. Da nach der Lehre von Kaufmann und Welzel eine Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt in keiner Form möglich ist[3], könnten derartige Fälle des Abstiftens vom gebotenen Tun auch unter dem Gesichtspunkt der Einheitstäterschaft überhaupt nicht geahndet werden, was rechtspolitisch nicht vertretbar wäre.
Da nun im Ordnungsrecht jeder Beteiligte als "Einheitstäter" verantwortlich ist, eröffnet sich mit dieser Fallgruppe in der Tat ein echtes Anwendungsfeld für die Erscheinung des "Unterlassungsverstoßes durch Begehung". Diese Konstruktion hat - im Gegensatz zum Strafrecht- im Ordnungsrecht auch eine durchaus praktische Bedeutung. Denn im Strafrecht wird bei den wichtigsten echten Unterlassungstatbeständen, die bekanntlich täteroffen sind, der Abstiftende regelmäßig selbst unmittelbar als echter Unterlassungstäter verantwortlich sein, da ihn selbst zumeist der Normbefehl genauso trifft wie den Abzustiftenden. Dies ist bei den echten Unterlassungsverstößen des OWiR wegen ihrer Beschränkung auf sonderpflichtige Personenkreise regelmäßig nicht der Fall, wie auch das vorliegende Beispiel zeigt. Hier gerät der Abstifter allein durch seinen aktiven Beitrag zur Pflichtvernachlässigung des Gebotsadressaten in den Verfolgungsbereich der Norm.
Festzustellen ist also, daß die in ihrem Wortlaut auf reines Unterlassen zugeschnittenen echten Unterlassungstatbestände des Ordnungsrechts in selbständiger Täterschaft tatsächlich nur durch Unterlassen zu verwirklichen sind, so daß man insoweit von "reinen Unterlassungstatbeständen" sprechen könnte.
Lediglich für die Fälle der Beteiligung an fremder Unterlassung

1) GA 1963, 1 ff.
2) Täterschaft S. 510 ff.
3) vgl. Armin Kaufmann a.a.O. Fußn. 249a; Welzel Lb. S.206

eröffnet sich ein Anwendungsfeld für die Erscheinung der "Unterlassung durch Begehung".

3. Abschnitt Gemeinsame Probleme echter und unechter Unterlassungsverstöße

§ 11 Unterlassung und Handlungsunwert
(Problemstellung und Übersicht über den Stand der Meinungen)

Gegenstand der folgenden Erörterung ist die Frage, ob im Ordnungsrecht Tatbestände existieren, die in ihrem Unrechtsgehalt so gestaltet sind, daß sie durch ein Unterlassen nicht verwirklicht werden können.
Die Frage taucht auf, wenn etwa ein "Pflichttatbestand" der der im vorigen Kapitel dargelegten Art -dann echtes Unterlassen- oder ein gewöhnlicher Begehungstatbestand außer der Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs eine ganz bestimmte Art und Weise des Handlungsvollzugs voraussetzen, die dem Tatbestand einen über den normalen Handlungsunwert hinausgehenden zusätzlichen Unwertgehalt verleiht.
Bei solchen Tatbeständen könnte eine Unterlassensbegehung eingeschränkt oder sogar vollkommen ausgeschlossen sein.[1]
Einen Zugang zu der hier aufgeworfenen Problematik können wir allein auf der Basis einer Betrachtung der hierzu im Strafrecht bisher gewonnenen Erkenntnisse finden.
In der Strafrechtsdogmatik wurde die dort in gleicher Weise auftretende Problematik lange Zeit nicht gesehen.[2] Nunmehr ist durch die sog. Entsprechensklauseln der §§ 8 OWiG, 13 StGB diese spezielle Gleichstellungsproblematik jedenfalls bei den unechten Unterlassungsdelikten ins allgemeine aktuelle Bewußtsein gehoben. § 8 OWiG hat folgenden Wortlaut:

1) Die Frage, inwieweit Tatbestände ohne "assoziierbaren Erfolg" schon begrifflich von einer Begehung durch Unterlassen ausgeschlossen sind, mag vorerst dahinstehen.
2) Zwar sah bereits 1940 Dahm (ZStW 59, 153 ff.,158) Unterschiede für die Begehbarkeit eines Tatbestandes durch Unterlassen je nach seiner Beschaffenheit. Er hatte dabei jedoch besonders jene Tatbestände im Auge, "die normalerweise eine handfeste Tätigkeit erfordern, wie etwa §§ 223, 226, 306 StGB usw.", im Gegensatz zu jenen, "in denen andere Gesichtspunkte, namentlich die Gesinnung des Täters im Vordergrund stehen." Das eigentliche Problem erkannte er nicht.

"Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift gehört, handelt nach dieser Vorschrift nur dann ordnungswidrig, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht."

Als Entdecker dieser "Entsprechensproblematik" gilt Gallas, der erstmals 1952[1] am Beispiel des § 263 StGB, welcher eine Irrtumserregung auf eine ganz bestimmte Art, nämlich durch T ä u s c h u n g voraussetzt, auf sie aufmerksam gemacht hat. Welzel wies 1958 beiläufig als Erster auf gewisse Tatbestände "mit besonderem sozialen Sinngehalt" hin, wobei er als Beispiele solche Tatbestände nannte, die ein "Täuschen, Nötigen, Wegnehmen, Gewähren, Verschaffen, Fälschen usw." beschreiben.[2] Bei der Einebnung dieser diffizilen Unterschiede im Falle der Begehung durch Unterlassen, die eine Verfälschung des Tatbestandes bedeute, sah er die erste bei der Unterlassensbegehung akut werdende Problematik.

Dank Gallas und Welzel fand diese Problematik auch die gebührende Beachtung bei den Beratungen zur Großen Strafrechtsreform.[3]

Obwohl die Problemstellung heute allgemein gesehen wird, ist aber auch in der Strafrechtswissenschaft eine allseits anerkannte Lösung bisher nicht gefunden.

Gallas selbst hat zur Bewältigung des Problems nur Andeutungen beigesteuert. Er weist lediglich darauf hin, daß es nicht richtig sei, etwa bei § 180 StGB a.F. -der allenthalben als d a s Musterbeispiel eines durch besonderen sozialen Sinngehalt "gefärbten" Tatbestandes galt- auf die engen Begrenzungen der tatbestandsmäßigen Handlung in der Form des vermittelnden, gewährenden oder verschaffenden Vorschubleisten "plötzlich dann zu verzichten, wenn das Vorschubleisten durch Unterlassen

1) JZ 1952, 372
2) JZ 1958, 494 f.
3) vgl. Niederschr., Bd. 12 S. 80, 242 - 244; Diskussionsbeiträge ferner von Bockelmann (S.87), Baldus (S. 91) sowie Dreher und Sturm im B.T-Sonderausschuß Strafrechtsreform (Niederschr. Sonderausschuß S. 1868, 1646, 1865).

geschieht.[1] Er fordert daher als einschränkenden Gesichtspunkt "den der Gleichwertigkeit der Unterlassungshandlung mit dem positiven Begehen auch in Bezug auf die im Tatbestand vorausgesetzten Handlungsmodalitäten."[2] Zu dem eigentlichen Problem aber, woran diese Gleichwertigkeit zu messen sei, äußert er sich ebensowenig wie eine Reihe weiterer Autoren, die lediglich auf eben dieses aufmerksam machen.[3]
Auch durch die neuen Vorschriften der §§ 8 OWiG, 13 StGB wird diese Problematik nicht gelöst.
Andeutungen, in welcher Richtung die Lösung zu suchen ist, finden sich aber bei Jescheck[4] und Welzel[5], die ebenso wie auch Lenckner[6] die Gleichwertigkeit daran messen wollen, ob die Nichtabwendung des Erfolges, abgesehen von der Verletzung der Erfolgsabwendungspflicht, auch im übrigen dem s o z i a l e n S i n n g e h a l t der tatbestandsmäßigen Handlung des fraglichen Begehungsdelikts entspreche.
Daß damit der zutreffende Ansatz aufgezeigt ist, werden die weiteren Untersuchungen zeigen. Aber der Begriff des "sozialen Sinngehalts" ist natürlich ein derart schillernder und unbestimmter Rechtsbegriff, daß sich sogleich die Frage stellt, durch welche festen Kriterien er konkretisiert und judikabel gemacht werden kann.
Auch läßt es diese Formel offen, ob die Unterlassungsbegehung eines Tatbestandes, welcher besondere Handlungsunwertigkeiten aufweist, generell ausgeschlossen oder nur eingeschränkt sein soll. Teilweise wird vertreten, daß der bei einer Unterlassensbegehung nicht verwirklichte spezielle Handlungsunwert durch gewisse allgemeine Unrechtsfaktoren ausgeglichen werden könne, die das Unrecht der "Tat" insgesamt steigerten. So heißt es z.B. in der amtlichen Begründung zu § 13 E 62, der

1) vgl. Niederschriften Bd. 12 S. 80
2) a.a.O.
3) vgl. etwa Welp Diss. S. 18, der als Beispiele die §§ 240, 133, 274, 348 II (Unterdrücken bzw. Beiseiteschaffen) und das Verheimlichen bei § 259 StGB a.F. sowie § 331 StGB a.F.(Anbieten oder Gewähren von Vorteilen) anführt. Er fordert eine gewisse "Modalitätsäquivalenz"; vgl. ferner Rudolphi S. 63 f., 83 f.
4) Lb. S. 475 f.
5) Lb. S. 219
6) JuS 1968, 253

ebenfalls eine auf diese Problematik abzielende Gleichwertigkeitsklausel vorsah im Hinblick auf § 180 StGB: "Wer die Unzucht nicht verhindert, führt durch seine Unterlassung denselben Erfolg herbei, wie wenn er ihr Vorschub geleistet hätte. Trotzdem kommt das Unterlassen dem Vorschubleisten nicht in allen Fällen, sondern nur unter bestimmten Umständen, die ein Einschreiten zumutbar machen, gleich."[1]

Bei der Frage, ob ein Nichttun derVerwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun gleichwertig ist, komme es darauf an, "ob die Unterlassung nach ihrem sozialethischen Unwert bei sinngemäßer Auslegung des Gesetzes in den Unrechtsbereich der betreffenden Norm fällt". Maßgebend hierfür sei eine "Gesamtbewertung". Setzt der Tatbestand bestimmte unrechtsbeeinflußende Handlungsmerkmale voraus, "die durch eine Unterlassungstat nicht sichtbar werden können", so könne dies durch eine "größere Pflichtenbindung des Garanten oder auch sonst durch Umstände aufgewogen werden, die den Grad des Unrechts erhöhen."[2] Eine ähnliche Auffassung hatte Dahm[3] schon 1940 vertreten. Auch in den Äußerungen von Sturm vor dem Sonderausschuß des Bundestages[4] kommt eine ähnliche Auffassung zum Ausdruck, wo er mit Bezug auf § 180 StGB a.F. forderte, es müsse dort "zu der Verletzung der Garantenpflicht noch etwas hinzukommen, um dem Unterlassungsdelikt das gleiche Gewicht zu geben, wie dem Begehungsdelikt."

Bei Dreher[5] schließlich heißt es in einer verschwommenen Formel, "daß das Unterlassen im konkreten Fall trotz des Fehlens echter Kausalität und eines etwaigen Zurückbleibens im personalen Unrecht dem gesamten Unrechtsgehalt aktiver Tatbestandsverwirklichung so nahe kommen muß, daß es sich dem Unrechtstypus des Tatbestandes einfügt." An anderer Stelle wird

1) S. 125
2) a.a.O.; kritisch Rudolphi S. 64
3) Wo der gesetzliche Tatbestand das einfache körperliche Handeln in den Vordergrund rücke, lasse sich "die Kluft zwischen Tun und Unterlassen nur unter besonderen Voraussetzunfen durch die Gesinnung des Täters überwinden," (ZStW 59, 133 ff., insbes. S.259). Andere Gesichtspunkte wie Heiligkeit und Stärke der verletzten Pflicht hätten dort stärkeres Gewicht. Speziell zum Betrug s.S. 161 a.a.O.
4) Niederschr. S. 1646
5) Kommentar vor § 1 D IV

deutlich, wie Dreher das feststellen will, nämlich an Hand dessen, "ob man eine ethische Gleichbewertung vollziehen kann oder nicht."[1] Androulakis dagegen erblickt auch in der Gleichwertigkeitsfrage, die sich aus den spezifischen Handlungsmodalitäten eines Begehungstatbestandes ergibt, nichts anderes als eine Garantenfrage, weil bei dem personalen Charakter der Unterlassung der Verhaltensunwert sich nicht von der auf die Garantenstellung bezogenen Wertung trennen lasse.[2]
Einen wiederum anderen Standpunkt vertritt Armin Kaufmann, der meint, "eine genaue Parallele mit umgekehrtem Vorzeichen lasse sich zwischen der vorsätzlichen Herbeiführung eines Erfolgs und der pflichtwidrigen Nichtabwendung seitens eines abwehrmächtigen Garanten immer dann nicht ziehen, wenn zur objektiven Rechtsgutsverletzung besondere, nur handlungseigene Merkmale hinzuträten. Wenn der besondere Handlungssinn auf der Unterlassungsseite keine Entsprechung fände, scheide eine Unterlassungstäterschaft kategorisch aus.[3] Dem kommt die Meinung von Schmidhäuser sehr nahe, daß "in den Auslegungstatbeständen den meisten Begehungsdelikten kein Unterlassen gegenübersteht". Da das Unterlassen nur ein pflichtwidriges Nichthandeln sei, komme ein Unterlassungsdelikt überall dort nicht in Betracht, wo der "Wortlauttatbestand" eine besondere Begehungsweise oder besondere, durch Willensverwirklichung zu erreichende Ziele zum Unrecht erfordere. Es könnten danach, so fährt er konsequent fort, "nur die engeren Erfolgsdelikte" Auslegungs-Unterlassungsdelikte sein, nämlich die Tötungsdelikte, die Körperverletzung, Sachbeschädigung, Brandstiftung und dgl.[4]
Aus dem jüngsten Schrifttum ist der Standpunkt von Herzberg zu beachten, der -ähnlich wie auch Schünemann[5]- allein darauf abstellt, ob das Unterlassen seinem Bedeutungsgehalt nach als Tatbestandsverwirklichung erscheint.[6] Was ist von alledem zu halten?

Zunächst ist klarzustellen, daß es eine Patentlösung in der

1) Niederschriften Bd. 12 S. 98
2) S. 233
3) Dogmatik S. 288
4) Lehrbuch 16/68
5) S. 368 f.; 6) Unterlassung S. 60 ff.

Art einer sozusagen "vor die Klammer" gezogenen allgemeinen Formel nicht geben kann. Diese Problematik betrifft die Frage, ob und ggf. welche speziellen Anforderungen der Tatbestandshandlung bei der Begehung durch Unterlassen Bedeutung erlangen. Dies ist nun aber -was auch Herzberg, Schünemann und Schmidhäuser anerkennen- eine an sich für jeden Tatbestand gesondert zu entscheidende Frage und damit eine Frage des Besonderen, nicht des Allgemeinen Teils der Deliktsvoraussetzungen.[1]
Die Frage stellt sich im Prinzip für jede einzelne Unterlassung genauso wie für die Subsumtion einer aktiven Handlung unter einen durch Begehungsmodalitäten gefärbten Tatbestand. Daß es für sie angesichts der Vielfalt tatbestandsmäßiger Handlungsmodifikationen eine generalisierende Patentformel nicht geben kann, liegt wohl klar auf der Hand.
Keinesfalls kann das Problem aber, wie Androulakis meint, im Rahmen der Garantenfrage entschieden werden. Eine größere Pflichtenbindung, auf die auch in der Begründung zum E 62 abgestellt wird,[2] mag den Vorwurf erhöhter persönlicher Schuld begründen, gibt aber für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung nichts her. Die Garantenstellung vermag nichts weiter, als den Mangel des Bewirkensaktes auszugleichen. Wenn eine aktive Erfolgsbewirkung ohne Verwirklichung der im Tatbestand geforderten besonderen Handlungsmodalität den Tatbestand nicht erfüllt -was von niemandem bezweifelt wird- dann kann die Nichtabwendung dieses Erfolgs entgegen einer noch so intensiven Garantenpflicht erst recht nicht genügen.
Der richtige Weg zur Lösung dieser Problematik kann allein so verlaufen, daß über einzelne Tatbestandsanalysen gleichgeartete Tatbestandsgruppen erarbeitet werden, für welche dann einheitliche Gesetze zu entwickeln sind.
Zuvor ist indes noch eine kurze Betrachtung unter dem Blickwinkel der besonderen Eigenheiten und Bedürfnisse des Ordnungsrechts geboten.

1) vgl. Herzberg Unterlassung S. 68 ff.; übereinstimmend auch Roxin JuS 1973, 199; Nickel S. 90 f.; in der Sache ebenso auch Armin Kaufmann Dogmatik S. 287; H.Mayer, Lb. S.124, insbes. Fußn. 46
2) S. 125

Man könnte nämlich geneigt sein, diese gesamte Problematik im Ordnungsrecht mit der Erwägung abzutun, daß die Zuwiderhandlungen, wie es in der amtlichen Begründung zum OWiG heißt, "nicht wegen der Art des begangenen Unrechts eine schuldangemessene Vergeltung fordern, sondern daß ihre Ahndung entscheidend von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird".[1]
Bei dem hier anstehenden Problem geht es aber gerade um die präzise Feststellung der "Art des begangenen Unrechts", oder genauer: des Unrechts der Begehungsart.
In die gleiche Richtung zielt auch eine Erwägung von Lange[2], der einen entscheidenden Gegensatz des Ordnungsrechts zum Strafrecht darin sieht, daß hier der Akzent ganz unzweideutig auf dem Erfolg, der "Störung der bestehenden Ordnung" liege, während das Strafrecht in stetig zunehmendem Maße nicht den Erfolg, sondern die Intensität des Handlungsunrechts und die täterbezogene Schuld in den Vordergrund rücke.
So gesehen liegt die Überlegung nicht fern, den besonderen Erfordernissen der tatbestandsmäßigen Handlung im Ordnungsrecht möglicherweise überhaupt keinen besonderen ahndungswürdigen Unrechtsgehalt beizumessen und daher schlechthin jede pflichtwidrige Nichtabwendung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs als Tatbestandsverwirklichung anzusehen.
Derartigen Erwägungen ist nun aber durch den neuen § 8 OWiG offensichtlich der Boden entzogen, zumal dort ausdrücklich mit der "Entsprechensklausel" auf das Erfordernis einer handlungsadäquaten Unrechtsverwirklichung hingewiesen wird. Ihnen wäre im übrigen auch dadurch zu begegnen, daß auch im Ordnungsrecht die gesetzlichen Tatbestände eine uneingeschränkte Garantiefunktion ausüben[3], die für Begehungstaten wie für Unterlassungen gleichermaßen in Geltung ist. Eine Lösung der hier aufgeworfenen Gleichwertigkeitsproblematik ist daher im OWiR mit der gleichen Akribie zu erarbeiten wie im Strafrecht. Das soll im folgenden geschehen.
Dabei wird sich zeigen, daß es eine Gruppe von uneingeschränkt

1) B.T.-Drucks-che V 1269 S. 45
2) Maurach-Festschrift S. 239
3) vgl. Göhler, Kommentar vor § 1 Anm. 4

tauglichen, eine solche beschränkt tauglicher und eine weitere von generell zur Begehung durch Unterlassen untauglichen-sog. "unterlassungsfeindlichen" - Tatbeständen gibt. Der letzteren Hauptgruppe gilt unser besonderes Interesse. Wir wollen versuchen, die tragenden Kennzeichen dieser Tatbestandsgruppen nacheinander herauszuarbeiten.

§ 12 Einzeluntersuchungen

A) Uneingeschränkt unterlassenstaugliche Tatbestände (Reine Verursachungstatbestände)

Einigkeit besteht in der Strafrechtswissenschaft darin, daß eine Begehung durch Unterlassen uneingeschränkt möglich ist bei den sog. "reinen Erfolgsdelikten", an denen auch das Prinzip der Garantenhaftung historisch entwickelt wurde.
Es sind dies jene Tatbestände, die nichts weiter als die ursächliche Herbeiführung eines Erfolgs auf beliebige Art und Weise erfordern,[1] weshalb man treffend auch von "begehungsneutralen reinen Bewirkensdelikten"[2] oder auch von "Verursachungsdelikten" sprechen kann.[3] Klassische Beispiele aus dem StGB sind etwa die Delikte des Totschlags, der Körperverletzung oder der Sachbeschädigung.
Bei Delikten dieser Art wird der Mangel des Bewirkensaktes im Unterlassungsfall vollständig durch die Mißachtung der Garantenpflicht zur Erfolgsabwendung aufgewogen. Der Erfolg wird dem Garanten in gleicher Weise zugerechnet, wie wenn er ihn selbst durch eine aktive Handlung verursacht hätte.[4]
Prägnantestes Beispiel eines derartigen "reinen Verursachungstatbestandes" im Ordnungsrecht ist § 1 II StVO. Dort hat der Gesetzgeber schon durch die Formulierung: "jeder .....hat sich so zu v e r h a l t e n, daß ....." zu erkennen gegeben, daß eine Haftung für einen der dort genannten tatbestandsmäßigen Erfolge nicht an ein aktives Tun gebunden sein soll, zumal der Begriff des "Verhaltens" nicht nur völlig farblos ist, sondern gemeinhin gerade als der Oberbegriff von Tun und

1) vgl. Rudolphi S. 60
2) so Herzberg, Unterlassung S. 107, 113
3) so die Terminologie bei Dreher, Niederschriften Bd. 12, S. 98
4) Schünemann S. 234

Unterlassen verstanden wird.[1]
Bei allen reinen Erfolgsdelikten wie § 1 II StVO stellt sich das Problem einer Gleichwertigkeit des Unterlassens allein unter dem Gesichtspunkt der Konstituierung einer Garantenstellung mit Erfolgsabwendungspflicht. Denn wenn der Tatbestand die Straf -bzw. Bußdrohung allein an die -wie immer geartete- Bewirkung eines Erfolgs anknüpft, dann wird der Unrechtsgehalt des Tatbestandes ausschließlich durch den Erfolg bestimmt. Die Frage nach einem zusätzlichen Handlungsunwert kann sich dann nicht stellen. Solche Tatbestände sind also uneingeschränkt unterlassenstauglich.
Die Schwierigkeit liegt nun aber freilich darin, im Einzelfall zu entscheiden, ob der betreffende Tatbestand wirklich ein reines Verursachungsdelikt, eine "modalitätsunabhängige Erfolgsbewirkung"[3] beschreibt. Völlig eindeutig ist dies -außer im Falle des § 1 II StVO- im OWiR zunächst nur für jene Tatbestände zu beantworten, deren Handlung expressis verbis als ein "Bewirken", "Herbeiführen" oder "Verursachen" beschrieben ist. Das ist z.B. bei § 14 I Nr. 2 JugendschutzG der Fall, wo das "Herbeiführen" bestimmter unerwünschter Verhaltensweisen von Jugendlichen mit Buße bedroht ist.
Ein weiteres Beispiel bietet § 20 KAG NW mit dem "Bewirken" von Abgabenverkürzungen. § 9 I Nr. 1 der LärmbekäpfungsVO NW knüpft die Bußdrohung schlicht an das "Verursachen" von gesundheitsgefährdendem Lärm und er enthält ebenso einen reinen Verursachungstatbestand wie das "Gesetz über Sonn -und Feiertage" NW mit § 11a I Nr. 2, wo das Verursachen vermeidbarer Geräusche oder Störungen mit Buße bedroht ist.
Solche eindeutig verhaltensneutral gefaßte Tatbestände sind jedoch Ausnahmen. Im allgemeinen ergibt sich der tatbestandsmäßige Erfolg erst aus dem Sinn des verwendeten Tätigkeitsworts wie z.B. auch bei § 1 II StVO. Es ist dann durch Auslegung zu

1) vgl. etwa Baumann Lb. S. 177;Schönke-Schröder vor § 1 Rdn.80
2) vgl. schon oben 2.Abschn. II. Kap. § 5;ferner: Jescheck Lb. 476 Fußn.54; Roxin JuS 1973, 199;Herzberg Unterlassung S. 67 f.107,113; Schmidhäuser Lb. 16/68;Schünemann S.279; Rudolphi S.60; Gallas, Niederschr. Bd. 12 S.80; Welp Diss. S. 20 f.; Wessels Schwerpunkte S. 121
3) so Welp S. 19

ermitteln, ob außer der Erfolgsverursachung noch zusätzlich eine bestimmte Art und Weise des Handlungsvollzugs vorausgesetzt ist. Und hier stellt sich nun das vielfach sehr schwierige Problem der Bestimmung der besonderen Tatmodalitäten. Die dabei zur Verfügung stehenden allgemeinen Auslegungsbehelfe werden im weiteren noch genau darzulegen sein.[1] Hier gilt es zunächst lediglich, einige relativ unproblematische Beispiele reiner Erfolgstatbestände exemplarisch vorzustellen.
Zu nennen sind an erster Stelle die den §§ 212, 123, 303 StGB vergleichbaren Tatbestände der § 18 II Nr. 1 und 2 TierschG in den Alternativen "Töten eines Tieres" und "Zufügen von Schmerzen" sowie § 84 II Nr. 1 BLG (Zerstören, Beschädigen, Unbrauchbarmachen eines Gegenstandes).
Darüberhinaus kennt das OWiR kaum eindeutig begehungsneutrale Tatbestände. Zu nennen wären etwa § 39 I Nr. 8 BJagdG, der mit Buße bedroht den, der unter Verstoß gegen jagdrechtliche Vorschriften "Jagdschaden anrichtet"; § 23 I Nr. 2,3 BFstrG (Verändern einer Anlage bzw. Beseitigen einer Schutzwaldung), §§ 154, 34 I Nr. 2 und 3 FlurbereinG (Verändern oder Beseitigen von Bauwerken, Bäumen usw.) sowie § 156 I Nr. 2 BBauG (Wegnehmen, Verändern oder Unkenntlichmachen von Markierungen). Farblosere und neutralere Aktivitätsumschreibungen als die hier verwendeten lassen sich kaum denken. Sowohl die Verben "Verändern" und "Beseitigen" wie auch das "Erregen von Lärm" -gem. § 117 OWiG bußbewehrt- lassen die Art und Weise der Erfolgsherbeiführung völlig offen.
Als Musterbeispiel einer modalitätsunabhängigen Handlungsbeschreibung kann auch die 2. Altern. des § 14 Nr. 2 JugendschG. dienen, wonach ordnungswidrig handelt, wer als Person über

---

1) Dies hat sinnvollerweise bei den eigentlich problematischen Fallgestaltungen, nämlich bei den "subjektiv modifizierten Tatbeständen" zu geschehen, vgl. unten C II.
2) § 117 OWiG wird in der amtlichen Begründung zu § 8 OWiG als Musterbeispiel eines durch unechte Unterlassungsverstöße zu begehenden Tatbestandes genannt, vgl. B.R.-Drucks. 1/72 S. 330.

21 Jahren ein bestimmtes unerwünschtes Verhalten eines Ju - gendlichen "fördert".[1] Der Begriff des "Förderns" erfaßt jede Art kausaler Mitwirkung an der Herbeiführung eines Erfolgs. Das ist z.B. für den Begriff des Förderns im Sinne einer Beihilfehandlung im Strafrecht anerkannt.[2]
Auf einer Ebene hiermit liegt der Begriff des "Ermöglichens", der in § 20 II Nr. 1 KAG NW (Ermöglichen von Abgabenverkürzungen) Verwendung findet. Weniger eindeutig erscheinen dagegen auf den ersten Blick einige Tatbestände, deren Tätigkeit in einem "Verbreiten" oder "Inverkehrbringen" besteht.[3]
Was letztere Tätigkeit angeht, so ist auf die im Strafrecht anerkannte Auslegung dieses Wortbegriffs bei § 147 StGB zu verweisen. Dort gilt das Objekt "Falschgeld" als "in Verkehr gebracht", wenn der Täter es aus seinem Gewahrsam entläßt, so daß ein anderer in der Lage ist, sich seiner zu bemächtigen.[4] Die Art und Weise , in der das Falschgeld aus dem Gewahrsam des Täters hinausgelangt, ist völlig unerheblich. Maßgebend ist allein der Erfolg -die veränderte Gewahrsamslage. Nämliches muß auch für den Begriff des Verbreitens gelten, wie er z.B. im § 127 I OWiG verwendet wird.[5]
Die Zweifelsfälle, in denen die Frage der "Reinheit" der geforderten Erfolgsbewirkung echte Probleme aufwirft, werden im Rahmen der nun folgenden Spezialuntersuchungen zu erörtern sein.

---

1) Das Verbum "fördern" findet sich als Tatbestandshandlung u.a. auch in § 32 Nr. 2 Arbeitssicherstellg.
2) vgl. etwa Gallas, Niederschr. Bd. 12 S. 80; Herzberg Unterlassung S. 144; Rudolphi S. 63
3) vgl. z.B.§§ 16 I Nr. 3 OrdensG, 7 I Nr.1 HandelsklG, 25 I Nr. 3 PostG, 25 II Nr. 2, 3, 6 EichG, 18 II Nr. 14 TierschG.
4) so RGSt 67, 168; BGH NJW 1952, 311
5) Es geht dort um das Verbreiten von papiergeldähnlichen Drucksachen; im Hinblick auf das "Verbreiten ehrenrühriger Tatsachen i.S.d. § 186 StGB nimmt auch Herzberg (Unterlassung S. 88) ein reines Erfolgsdelikt an.

B) Beschränkt unterlassungstaugliche Tatbestände: Tatbestände mit objektiv modifizierten Handlungsvollzügen

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Art und Weise einer Erfolgsbewirkung näher zu bestimmen.

Eine im StGB häufig, im OWiR seltener verwendete ist die, ein bestimmtes T a t m i t t e l zu bezeichnen. So nennt z.B. § 223a StGB als Tatmittel eine Waffe, ein gefährliches Werkzeug und ferner -als selbständige Tatbestandsalternative- die Körperverletzung "mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung". Bei § 211 gibt es die Tötung mit "gemeingefährlichen Mitteln"; § 229 StGB und die Ordnungswidrigkeit nach § 19 I Nr. 16 BJagdG erfordern eine Gesundheitsbeschädigung bzw. Tötung "mittels Gift".

Wie ist es um die Unterlassensbegehbarkeit derart modifzierter Tatbestände bestellt?

Es gibt hierzu bisher kaum ausführlichere Stellungnahmen. Lediglich im Hinblick auf § 223a StGB liegt fundierte Stellungnahme vor, und zwar von Armin Kaufmann. Er lehnt für alle Modalitäten dieses Tatbestandes eine Unterlassensbegehbarkeit kategorisch ab. "So sinnvoll es ist, die Erfolgsqualifizierung des § 224 StGB auf das unechte Unterlassungsdelikt der Nichtabwendung einer Körperverletzung zu übertragen", schreibt Armin Kaufmann, "so wenig zweckentsprechend wäre es wohl, zu den Qualifizierungsgründen des § 223a Parallelen auf dem Gebiet der Unterlassung zu suchen."[1] Das scheint mir -obwohl im Kern zutreffend, in dieser Allgemeinheit falsch zu sein. Ich behaupte: Die zuvor genannten Begehungsweisen des § 223a ebenso wie alle weiteren oben bezeichneten Tatmodifikationen gestatten unter bestimmten Voraussetzungen durchaus eine Begehung durch Unterlassen.[2] Das ergibt sich aus folgendem:

Das unechte Unterlassungsdelikt ist im Prinzip aufgebaut allein auf der Haftung des Garanten für den Eintritt eines von ihm pflichtwidrig nicht abgewendeten Unrechtserfolges, was auch in der Argumentation von Kaufmann anklingt.

1) Dogmatik S. 289
2) Nicht eingeschlossen die hier nicht erwähnte Begehungsweise "mittels hinterlistigen Überfalls"!

Dann liegt es aber nahe, den Garanten aufh für solche Tatmodalitäten haften zu lassen, deren Unwertgehalt nicht in der besonderen Art der Handlung selbst, sondern in den besonderen unrechtserschwerenden Auswirkungen der Tat liegt, m.a.W. für solche Handlungsmodifikationen, die sich wegen ihres eigenartigen Unwertgehalts in E r f o l g s m o d i f i k a t i o n e n umdeuten lassen. Wo diese Möglichkeit besteht, ist m.E. kein Grund ersichtlich, weshalb der Garant nicht nach dem vollen Unrechtstatbestand zur Verantwortung gezogen werden sollte. Dazu müssen freilich zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einmal muß die fragliche Tatbestandsmodifikation im konkreten Fall tatsächlich realisiert worden, also z.B. die Körperverletzung durch ein gefährliches Werkzeug verursacht worden sein, zum andern muß der darin liegende zusätzliche Unrechtserfolg auch in den Verantwortungsbereich des Garanten fallen, d.h. der Garant mußte gerade zur Abwendung auch dieses Erfolgs aufgerufen sein.

Diese Zusammenhänge verkennt Armin Kaufmann. Natürlich ist ihm beizupflichten, wenn er konstatiert, eine Übertragung von Qualifizierungsmerkmalen eines Begehungstatbestandes auf das entsprechende unechte Unterlassungsdelikt sei nicht möglich, wenn die Qualifizierung an eine erhöhte verbrecherische Intensität anknüpfe, die in der Ausgestaltung des Angriffs zutage trete.[1] Die Frage lautet aber, ob die jeweilige Qualifikation der Handlung tatsächlich nur die äußere Manifestation einer erhöhten verbrecherischen Energie darstellt, oder ob sich nicht vielmehr in ihr ein gesteigerter Erfolgsunwert verbirgt. Gerade die Tatmodalitäten des § 223a StGB lassen sich als Beispiele gegen die Auffassung von Armin Kaufmann verwenden. Bei den oben bezeichneten Modalitäten jedenfalls liegt der eigentliche Grund für die erhöhte Strafbarkeit allein in der erhöhten Gefährlichkeit des Angriffs.[2] Diese erhöhte Gefahr begründet aber ausschließlich eine Steigerung des Erfolgsunwerts. Es handelt sich um eine o b j e k t i v e, d.h. von

1) Dogmatik S. 289
2) so auch Maurach Lb., B.T. S. 187; Nickel S. 93

der Person des Täters oder dessen Verhalten losgelöste Unrechtsmodifikation. Die erhöhte Strafwürdigkeit folgt nicht etwa aus einer besonderen Verwerflichkeit des geforderten speziellen Handlungsvollzugs an sich, sondern allein aus den unerwünschten Folgen des Gebrauchs einer Waffe, eines gefährlichen Werkzeugs oder einer lebensgefährlichen Behandlung. Das trifft ebenso zu für die Beispiele des "Vergiftens" nach § 19 I BJagdG und § 229 StGB, wie auch in ganz besonderem Maße für die Modalität "mit gemeingefährlichen Mitteln" beim Mord. Beim Vergiften des Tieres muß der erschwerte Unrechtsgehalt gegenüber einer waidgerechten Tötung -die nicht mit Buße bedroht ist- darin gefunden werden, daß ein solcher Tod für das Opfer regelmäßig mit besonderen Qualen und Schmerzen verbunden ist.

Bei § 211 muß der Grund für die erhöhte Strafbarkeit gegenüber dem einfachen Totschlag in der Alternative "mit gemeingefährlichen Mitteln" m.E. in der dadurch hervorgerufenen abstrakten Gemeingefahr gesehen werden.[1] Es handelt sich dabei um ein außerhalb der Täterpersönlichkeit liegendes objektives Unrechtsmerkmal. Gleiches läßt sich auch bezüglich aller anderen bisher erörterten Tatmittel feststellen.

Obwohl es sich nun also eigentlich um Modifikationen des Unrechtserfolgs handelt, scheint mir die Bezeichnung als "objektive Handlungsmodifikationen" treffend, weil es sich um Unrechtsmerkmale handelt, die der Handlung beigeordnet, gewissermaßen in der Handlungsbeschreibung versteckt sind. Durch das Attribut "objektiv" wird deutlich, daß es sich um selbständige, von der Handlung begrifflich ablösbare und unabhängig zu verwirklichende Modifikationen handelt. Sie sind sozusagen "subjektgelöst", setzen -obwohl "Handlungsmodifikationen"- nicht notwendig menschliches Handeln voraus. Und daraus ergibt sich die Möglichkeit einer Haftungsbeziehung zwischen Garanten und Erfolgsmodifikation im Gewand einer Handlungsmodifikation. Ein Beispiel: Ruft ein Hundehalter sein Tier nicht zurück, wenn dieses auf der Straße ein Kind anfällt und verletzt, so ist er ohne Frage einer Körperverletzung

1) vgl. auch Schönke-Schröder § 211 Rdn. 18

unter den erschwerenden Umständen des § 223a (mittels eines gefährlichen Werkzeugs) schuldig.[1] Denn für die Zurechnung dieses Unrechtsmerkmals kommt es auf eine spezifisch geartete menschliche Handlung nicht an. Für die Haftung des Tierhalters kann es in diesem Fall auch keinen Unterschied machen, ob er den Hund aktiv durch Zurufe auf das Kind gehetzt hat, oder ob er ihn lediglich trotz seiner Überwachungspflicht als Gefahrenquellengarant nicht zurückruft. Er haftet hier nicht nur für die Körperverletzung, sondern ebenso für den zusätzlichen Erfolg der erhöhten Gefährlichkeit des Angriffs.
Ob nun im Einzelfall der Tatbestand eine "objektive Handlungsmodifikation" im dargelegten Sinn beschreibt, ist eine Frage der Auslegung, wobei es entscheidend darauf ankommt, ob die jeweilige Modalität -wie schon oben festgestellt- sich ihrem Unwertgehalt nach in eine Erfolgsmodifikation umdeuten läßt. Das ist dann nicht möglich, wenn sich in der Modifikation lediglich eine erhöhte verbrecherische Energie verbirgt, wie es etwa bei der Alternative des § 223a StGB "mittels hinterlistigen Überfalls" angenommen werden kann.[2] Auch hinsichtlich des Mordmerkmals "Heimtücke" ist eine auf besonderer krimineller Energie gegründete Handlungsmodifikation gegeben, so daß auch bei diesen oder ähnlichen Merkmalen eine Unterlassensbegehbarkeit ausscheiden muß.[3] Dem Ordnungsrecht freilich sind Unrechtsmerkmale letzterer Art fremd.
Hier wird man die Möglichkeit einer Umdeutung in eine Erfolgsmodifikation am ehesten daran erkennen können, daß das jeweilige Tatmittel vom Täter bzw. Täterverhalten ablösbar ist und in seinem Unrechtsgehalt sich gleichsam verobjektivieren und verselbständigen läßt, wie es z.B. auch bei § 18 II Nr. 2 i.V.m. § 4 TierschutzG der Fall ist, wonach die Tötung eines Wirbeltieres "ohne Betäubung" oder "unter Zufügung von Schmerzen" mit Buße bedroht ist. Die besondere Art und Weise

1) Zum Hund als "gefährlichem Werkzeug" vgl. u.a. Schönke-Schröder § 223a Rdn. 4 m.w.N.
2) so auch Nickel S. 93, der sich ebenfalls gegen die Meinung von Armin Kaufmann wendet;
3) so auch Nickel S. 93

des Handlungsvollzugs liegt hier darin, daß -in der ersten Alternative- ein vorgeschriebenes Tatmittel n i c h t eingesetzt wird; bei der zweiten Alternative ergibt sich der ausschließlich erfolgsbezogene Unwert der Handlungsmodifikation schon aus dem Wortlaut des Tatbestandes. In beiden Fällen liegt aber eine vom Täter ablösbare, objektive Unrechtssteigerung vor. Woraus ergibt sich nun die Beschränkung der Unterlassenstauglichkeit derart modifizierter Tatbestände?
Die Antwort wurde bereits oben angedeutet: Zunächst ergibt sich eine rein tatsächlich wirkende Einschränkung daraus, daß die fragliche Handlungsmodifikation im konkreten Fall tatsächlich realisiert sein muß - eine eigentlich selbstverständliche, aus der Garantiefunktion des Tatbestandes fließende Einschränkung ohne unterlassungsspezifischen Bezug.
Diese tatsächlich wirkende Beschränkung ergibt sich ganz einfach daraus, daß derart sinnfällige Handlungsmodalitäten selten mit einer pflichtwidrigen Nichtabwendung eines Erfolgs zusammentreffen. Denkbar wäre etwa im Hinblick auf §§ 39 II Nr. 2, 19 I Nr. 16 BJagdG ein Fall, daß ein Tierhalter die schmerzhafte Tötung durch einen Dritten nicht verhindert.
Zur Realisierung der fraglichen objektiven Handlungsmodifikation bedarf es, wie auch diese beiden Beispiele zeigen, stets der "Zuhilfenahme" von Naturkräften, sonstiger Zufallsereignisse oder dritter Personen. Die eigentliche, unterlassensspezifische Einschränkung ergibt sich aber aus folgendem:
Das in der objektiven Handlungsmodifikation verborgene besondere Erfolgsunrecht ist vielfach so geartet, daß es seiner Natur nach nur mit bestimmten Garantenstellungen in Beziehung gesetzt werden kann.
Zurechenbar ist -wie bereits oben festgestellt wurde- dem jeweiligen Garanten immer nur derjenige unrechtssteigernde -oder konstituierende-Umstand, dessen Abwehr ihm gerade nach dem besonderen Inhalt seiner Garantenstellung obliegt.
Es handelt sich hierbei um ein kaum erörtertes Problem, das uns in ähnlicher Weise schon oben bei der Erörterung der einzelnen Garantieverhältnisse unter dem Aspekt der abstrakten

Gefährdungsverstöße begegnet ist.[1]
Die Problemstellung läßt sich am besten an einem Beispielsfall zu § 211 StGB verdeutlichen:
Man stelle sich vor, der polizeilich bestellte beamtete Leibwächter eines Politikers habe in Erfahrung gebracht, daß auf seinen Schutzbefohlenen ein Attentat der Art geplant sei, daß dieser während einer Wahlveranstaltung vor einer größeren Menschenmenge mittels einer Bombe umgebracht werden soll. Der politisch mit den Attentätern sympathisierende Beamte unternimmt nichts, um das Attentat zu verhindern, so daß dieses durchgeführt wird.
Hier stellt sich die Frage, ob ihm außer dem Erfolg der Tötung seines Schützlings auch das in der Tatmodalität des § 211 StGB enthaltene zusätzliche Unrechtsmoment "mit gemeingefährlichen Mitteln" angelastet werden kann. Handelt es sich um einen Beamten der Schutzpolizei, so ist das zu bejahen, da er als solcher zugleich auch zum Schutz der Allgemeinheit auf Posten gestellt ist. Handelt es sich aber um einen privat von dem Politiker engagierten und bediensteten Leibwächter, so fällt die Abwendung gerade jenes Unrechtserfolges, der durch die Gemeingefahr -unkontrollierbare Auswirkungen der Bombe- entsteht, nicht in den speziellen Pflichtenkreis des Leibwächters. Seine Abwehrpflicht beschränkt sich in diesem Fall auf Leib und Leben des Politikers als ihm, dem Beschützergaranten, besonders anvertraute Rechtsgüter. Er darf daher nur für unrechtsmodifizierende Merkmale belastet werden, die sich innerhalb dieser Garantiebeziehung halten. So müßte er z.B. für eine auf grausame Weise -d.h. "mit besonderen Qualen und Schmerzen verbundene" Tötung[2] seines Herrn zusätzlich haftbar gemacht werden. Denn seine Schutzpflicht ging gerade dahin, auch Qualen und Schmerzen von diesem abzuwenden.[3]
Dagegen liegt das unrechtssteigernde Moment der Tötung mit

---

1) vgl. oben 2. Abschn. II. Kap. § 7
2) vgl. Schönke-Schröder § 211 Rdn. 17
3) Die Möglichkeit einer "grausamen Tötung" durch Unterlassen wird auch von Nickel (S. 92) und Armin Kaufmann (Dogmatik, S. 289) bejaht.

gemeingefährlichen Mitteln allein in der Unkontrollierbarkeit der Auswirkungen eines solchen Tatmittels auf einen größeren Personenkreis[1], also in dem Erfolg einer abstrakten Gemeingefahr. Mit diesem Unrechtserfolg hat aber die Beschützerstellung des privaten Leibwächters nicht das geringste zu tun.[2]

Als Ergebnis dieser Überlegungen ist festzuhalten:
Eine objektive Handlungsmodifikation liegt vor, wenn der Unwert des betreffenden Merkmals nicht in einem speziellen Aktivverhalten selbst, sondern in dessen erschwerten Folgen liegt und dieser Erfolgsunwert lediglich im Gewand einer Handlungsmodifikation auftritt, also gewissermaßen ein in Erfolgsunrecht umdeutbares Unrechtsmerkmal vorliegt. Eine Zurechnung solcher Handlungsmodalitäten zu einem pflichtwidrig untätigen Garanten ist grundsätzlich möglich. Entscheidend ist jedoch, ob dessen Schutz -und Abwehrpflichten sich gerade auch auf diesen speziellen Unwerterfolg erstrecken.
Und in dieser Frage bewährt sich einmal mehr die Differenzierung der Garantieverhältnisse in Überwachungs -und Schutzgarantien. Im Attentatsfall kann die ausschließlich auf Schutzgüter seines Herrn bezogene Beschützerstellung eines privaten Leibwächters eine Haftung nach § 211 StGB nicht begründen - wohl dagegen die Stellung eines beamteten Polizisten mit gleichem Aufgabengebiet. Dagegen wäre im Falle des von einem Hund angefallenen Kindes nicht nur der Hundehalter, sondern ggf. auch der Vater des Kindes nach § 223a StGB verantwortlich, falls er das Kind trotz bestehender Möglichkeit nicht vor Verletzungen durch das Tier bewahrt. Denn für das erhöhte Gefahrenmoment, das von dem gefährlichen Werkzeug "Hund" ausgeht und hier das Kind besonders bedroht, trägt auch der Vater als Beschützergarant die Verantwortung.

---

1) vgl. Schönke-Schröder § 211 Rdn. 18
2) Wenn Armin Kaufmann (Dogmatik S. 289 f.) hinsichtlich dieser Tatmodalität undifferenziert eine Unterlassensbegehbarkeit bejaht, so ist ihm also zu widersprechen. Es ergibt sich im übrigen hier eine gewisse Überschneidung mit den oben im 2. Abschn. II. Kap. § 7 dargelegten Erwägungen, die aber in der Natur der Sache begründet ist. Auf die dortigen Ausführungen bez. der Garantenstellung der Polizei kann verwiesen werden; vgl. aber auch Nickel, S. 92.

Was nun die Fälle des § 18 II Nr. 2 TierschutzG und des § 19 I Nr. 16 BJagdG angeht, so ergibt die Auslegung, daß dort sowohl die Modifikation des Tötens mittels Gift wie auch das allgemein schmerzhafte Töten eines Tieres ausschließlich zum Schutz des Tieres mit Buße bedroht sind.
Diese Unrechtsmerkmale können deshalb von jedem Garanten, der eine Beschützerposition hinsichtlich des Tieres einnimmt, durch Unterlassen verwirklicht werden. Aber auch ein Überwachungsgarant -etwa der aufgrund vorangegangenen Tuns- kann u.U. für derartige unrechtsmodifizierende -oder konstituierende Tötungsmodifikationen haftbar gemacht werden. So würde z.B. derjenige, der im Wald Gift verloren hat und hernach zu bequem ist, dieses wieder aufzusuchen, wegen Tötens mittels Gift nach § 19 I Nr. 16 BJagdG zur Verantwortung zu ziehen sein, wenn Tiere an diesem Gift zugrundegehen. Denn insoweit besteht unbedenklich eine Erfolgsabwendungspflicht aufgrund der zuvor von ihm gesetzten Gefahrenquelle.
Damit sind die prinzipiellen Möglichkeiten und Einschränkungen der Unterlassensbegehbarkeit objektiver Handlungsmodifikationen aufgezeigt.
Eine weitere Vertiefung der hiermit zusammenhängenden Probleme erübrigt sich wegen der praktisch geringen Bedeutung dieser Erscheinung im Ordnungsrecht.
Was die im konkreten Fall immer zuerst auftauchende Frage angeht, ob der jeweilige Tatbestand tatsächlich eine objektive Handlungsmodifikation enthält, so wäre freilich auch ein umgekehrter -negativer- Lösungsweg denkbar: liegt weder ein verhaltensneutraler, reiner Verursachungstatbestand, noch ein s u b j e k t i v modifizierter Tatbestand vor, so bleibt nur die hier erörterte Möglichkeit einer objektiven Modifikation. Dazu muß nun allerdings zuvor das Wesen dieser bisher nicht behandelten zweiten Tatbestandskategorie subjektiv modifizierter Tatbestände geklärt sein. Dies ist Aufgabe der folgenden Erörterungen.

C) Unterlassungsfeindliche Tatbestände

I. Vorbemerkung: Unterlassungsfeindlichkeit und Einheitstäterprinzip

Bevor die schwierige Aufgabe in Angriff genommen wird, die unterlassungsfeindlichen Tatbestände systematisch zu erfassen, ist die Frage zu klären, in welchem Umfang eine Unterlassensfeindlichkeit einzelner Tatbestände im Ordnungsrecht überhaupt bestehen kann. Gibt es im Ordnungsrecht in Analogie zum "reinen Begehungsdelikt" des Strafrechts[1] absolut unterlassensfeindliche Tatbestände? Die Frage stellen, heißt sie verneinen: im Ordnungsrecht gilt, wie bereits dargelegt wurde, das Einheitstäterprinzip. Beteiligter gem. § 14 OWiG und damit "Täter" ist, wer zur Tatbestandsverwirklichung einen ursächlichen oder zumindest förderlichen Beitrag leistet.[2] Spezifische Handlungsstrukturen einzelner Tatbestände oder sonstige tatcharakteristische Merkmale werden durch das Einheitstäterprinzip eingeebnet. Da also für die aktive Beteiligung stets ein irgendwie förderliches Verhalten genügt, ist eine "Beteiligung" durch pflichtwidriges Unterlassen und somit eine Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen in unselbständiger Täterschaft immer möglich.

Einen absoluten Ausschluß der Unterlassungstäterschaft kann es daher im Ordnungsrecht nicht geben. Zumindest für den Überwachungsgaranten ist eine unselbständige Unterlassensbegehung immer möglich.[3] Voraussetzung dazu ist freilich, daß die zu überwachende Person den vollen äußeren Tatbestand einschließlich besonderer Handlungsmodifikationen verwirklicht. Denn nur solche "tätigkeitsgebundenen Merkmale" können dem Überwachungsgaranten als sein eigenes Tun im weiteren Sinne zugerechnet werden, die eine Person seines Herrschaftsbereichs auch tatsächlich verwirklicht hat.

1) Reine Begehungsdelikte sind im Strafrecht gewisse Tatbestände, die eine bestimmte Lebensweise voraussetzen, wie z.B. die Zuhälterei und die sog. eigenhändigen Delikte (vgl.u.a. Jescheck S. 476; Herzberg S. 15 f.; Roxin Täterschaft S. 479; Armin Kaufmann, Dogmatik S. 288; Rudolphi S. 63
2) vgl. oben 2. Abschn. II. Kap. § 7 B
3) Für den Beschützergaranten gilt dies nicht, wie oben im 2. Abschn. II. Kap. § 7 B gezeigt wurde.

Fraglich ist aber, ob darüberhinaus der Aktivtäter auch vorsätzlich gehandelt haben muß. Es handelt sich insoweit um eine -auch für die gewöhnliche Beteiligung durch positives Tun- umstrittene Frage, die auch durch § 14 III OWiG nicht eindeutig entschieden wird, da dort lediglich die Entbehrlichkeit einer vorwerfbaren Handlung des "Haupttäters" verankert ist. Man wird aber aus dem Begriff der "Beteiligung" folgern müssen, daß das Gesetz nur die Mitwirkung an fremder vorsätzlicher Handlung erfassen will.[1]

Das bedeutet für die Frage der Beteiligung durch Unterlassen praktisch vor allem, daß eine Beteiligung nicht vorliegt, wenn jemand entgegen seiner Garantenpflicht einen andern nicht hindert, irrtümlich (ohne Tatbestandsvorsatz) einen Tatbestand zu verwirklichen.

Als allgemeiner Grundsatz kann somit festgehalten werden, daß es eine Unterlassensfeindlichkeit im Ordnungsrecht nur im Sinne des Ausschlusses s e l b s t ä n d i g e r Unterlassungstäterschaft gibt. Es stellt sich dann allerdings im Hinblick auf die Fallkonstellation der pflichtwidrigen Nichthinderung fremder irrtümlicher Tatbestandsverwirklichung wie auch ganz allgemein für die Fälle, in denen sich ein Hintermann das unvorsätzliche Handeln des Aktivtäters gleichsam zunutzemacht, die Frage, ob dann nicht eine dritte Form der Unterlassungstäterschaft vorliegt, die weder selbständige Unterlassungstäterschaft, noch Unterlassensbeteiligung ist, sondern mittelbare Täterschaft durch Unterlassen.

In der Strafrechtswissenschaft wird heute die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen überwiegend bejaht.[2] M. E. bestehen auch keine durchschlagenden Bedenken gegen diese Rechtsfigur.

1) so auch die amtl. Begründung zu § 14 OWiG (früher § 9), vgl. B.T.-Drucksache /1269 S. 49; abweichend will Göhler (Kommentar § 9 Anm. 4 A) es genügen lassen, wenn der Hintermann a n n i m m t, der Haupttäter handele vorsätzlich. Im Hinblick auf die eindeutige gesetzliche Regelung, die für das Strafrecht nunmehr durch §§ 26, 27 StGB getroffen ist - Teilnahme nur an vorsätzlich begangener Haupttat- erscheint diese Ansicht auf für das Ordnungsrecht sehr zweifelhaft.

2) vgl. etwa Mezger-Blei StudB I S. 275; Maurach A.T. S.643; Baumann S. 556; Schmidhäuser Lb. 17/8; Engelsing S.42; Herzberg, Unterlassung S. 100f.m.w.N.

Wenn Roxin meint, der Gedanke der Tatherrschaft sei bei den Unterlassungsdelikten gänzlich ungeeignet, da durch ein Nichttun ein Handlungsablauf sich nicht beherrschend gestalten lasse[1], so verkennt er, daß der Gedanke der Tatherrschaft auch beim aktiven Tun nicht notwendig ein "gestaltendes Einwirken" auf den Geschehensablauf erfordert, sondern lediglich ein "In-den-Händen-Halten"des Tatablaufs dergestalt verlangt, daß der Täter die Ausführung oder Nichtausführung der Tat je nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.[2] Dies ist aber bei der Ausnutzung irrtümlichen fremden Handelns regelmäßig der Fall, denn dabei hängt die Tatausführung in aller Regel allein davon ab, ob der Hintermann den Handelnden über seinen Irrtum aufklärt oder nicht.

Auch das hier und da vorgebrachte Argument, die Figur der mittelbaren Täterschaft passe auf die Fälle der Nichthinderung fremder Deliktsverwirklichung deshalb nicht, weil es nichts ausmachen könne, ob der nicht gestoppte Kausalverlauf durch Naturgewalten oder ein menschliches Werkzeug in Gang gesetzt werde,[3] trifft gerade für die hier zu behandelnden Tatbestände mit tatcharakteristischen Merkmalen nicht zu. Hinsichtlich der "reinen Erfolgsdelikte" mag es eine gewisse Berechtigung haben, aber es verfängt gewiß nicht, wenn etwa ein bestimmter Erfolg durch ein "Verheimlichen" herbeizuführen ist, wie z.B. bei § 33 IV Nr. 4 AWG.[4]

Die Möglichkeit einer Unterlassensbegehung in mittelbarer Täterschaft ist also grundsätzlich anzuerkennen.

---

1) Täterschaft S. 471; ähnlich auch Bockelmann, Niederschr. Bd. 12 S. 478 Fun.9; gegen die Figur der mittelbaren Täterschaft beim Unterlassen ferner: Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 36; Armin Kaufmann, Dogmatik S. 471;
2) so Maurach Lb., A.T. S. 627; vgl. auch Jescheck Lb. S.504; Schwarz-Dreher vor § 47 Anm. 1; Welzel Lb. S. 100, 110;
3) so z.B. Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 36
4) vgl. auch Herzberg, Unterlassung S. 101

Da in einem solchen Fall dem "Hintermann" das Handeln des menschlichen Werkzeugs wie eigenes Handeln zugerechnet wird, ergibt sich über diese Rechtsfigur auch eine Möglichkeit der Unterlassensbegehung von an sich unterlassensfeindlichen Tatbeständen.

Freilich ist aber folgende Einschränkung zu beachten: Beschreibt der betreffende Tatbestand eine "eigenhändige Zuwiderhandlung" analog dem eigenhändigen Delikt des Strafrechts, so ist eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen natürlich ebensowenig möglich wie eine solche durch positives Tun. Denn das Wesen der eigenhändigen Delikte besteht gerade darin, daß nur die eigenhändige Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung durch den Normadressaten persönlich den vollen Unrechtsgehalts des Delikts realisiert.[1] Nicht die zwecktätig geleitete Herbeiführung eines Erfolgs, sondern die körperliche Vornahme eines an sich verwerflichen und sozialschädlichen Akts macht das entscheidende Unrecht eines eigenhändigen Delikts aus.[2]

Soweit derartige Zuwiderhandlungen im Ordnungsrecht existieren, kann also eine Unterlassensbegehung immer nur als Beteiligung an fremder vorsätzlicher Aktivtat in Betracht kommen.

1) Schönke-Schröder, vor § 47 Rdn. 31
2) Welzel Lb. S. 106

II. Tatbestände mit subjektiv modifizierten Handlungsvollzügen

Die dritte Oberkategorie innerhalb unseres Systems der Zuwiderhandlungen bilden die Tatbestände mit subjektiv modifizierter Handlung. Jeder Tatbestand läßt sich in eine unserer drei Kategorien einordnen. Für die hier zu behandelnde, die im Hinblick auf die Unterlassensproblematik die wichtigste und zugleich schwierigste ist, besteht eine V e r m u t u n g der Unterlassensfeindlichkeit.

Mit dieser im folgenden zu belegenden These sind zwei Fragen aufgeworfen: Weshalb sind subjektiv modifizierte Tatbestände im Gegensatz zu den objektiv modifizierten grundsätzlich unterlassungsfeindlich, und an Hand welcher Maßstäbe hat die Abgrenzung zu den zuvor behandelten beiden anderen Oberkategorien zu erfolgen? Die Lösung beider Fragen setzt zunächst unabdingbar voraus, daß wir uns zunächst darüber klar werden, was man unter einem Tatbestand mit subjektiv modifizierter Handlungsbeschreibung zu verstehen hat.

Bekanntlich unterscheidet die Strafrechtslehre zwischen objektiven und subjektiven Unrechtselementen des Tatbestandes, wobei unter letzteren in der Hauptsache bestimmte Absichten, Gesinnungen oder Motive verstanden werden.[1] Um solche rein innerlichen Merkmale geht es hier nicht. Gemeint sind vielmehr ausschließlich besondere Merkmale der tatbestandsmäßigen Handlung, die -im Gegensatz zu den objektiven Handlungsmodifikationen- nicht in ein Erfolgsunrecht umdeutbar, sondern an das persönliche -subjektive- Verhalten des Normadressaten selbst gebunden sind.

Ein Beispiel hierfür bietet § 118 OWiG mit dem Erfordernis der "groben Ungehörigkeit" der Handlung. Obwohl nach objektiven Kriterien bestimmbar, fällt diese Eigenart der tatbestandsmäßigen Handlung unter unseren Begriff des "subjektiv modifizierten Handlungsvollzugs", weil die grobe Ungehörigkeit notwendig ein gewisses ungehöriges äußeres Verhalten des Täters voraussetzt. Da im Gegensatz zu den objektiv

1) vgl. statt vieler Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 40,46

modifizierten Handlungsvollzügen der besondere Unwert der subjektiven Handlungsmodifikation nicht nicht in bestimmten unrechtserschwerenden Folgen liegt, sondern allein in einem spezifischen äußeren Verhalten des Normadressaten, kann er -was noch zu beweisen ist- allein dadurch realisiert werden, daß der Normadressat selbst oder ein von ihm gesteuertes menschliches Werkzeug die tatbestandsmäßige Handlung ausführt.
Diese "Subjektgebundenheit" ist nicht gleichzusetzen mit dem Erfordernis der Eigenhändigkeit. Die eigenhändigen Zuwiderhandlungen bilden innerhalb der Gruppe der subjektiv modifizierten Tatbestände eine in sich geschlossene Sondergruppe, bei denen freilich die Subjektgebundenheit besonders deutlich hervortritt. Sie sind aber zugleich Teil einer von zwei Hauptgruppen, in die sich die gesamte Kategorie der subjektiv modifizierten Tatbestände aufteilen läßt. Diese gilt es nun im Detail zu erörtern.

1. Begrifflich an Aktivität gebundene Zuwiderhandlungen
   Als erste sind die begrifflich an Aktivität gebundenen Zuwiderhandlungen zu nennen, auf die vereinzelt auch in der ordnungsrechtlichen Literatur hingewiesen wird. So konstatiert z.B. Mühlhaus[1], eine Ordnungswidrigkeit könne nur dann durch pflichtwidriges Unterlassen begangen werden, "wenn sie nicht begrifflich ein Tun voraussetzt."[2]
Da der Vorwurf der Unterlassungstäterschaft in allen Fällen, in denen der Tatbestand nicht ausdrücklich ein Unterlassen beschreibt, an die Nichtabwendung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs geknüpft ist, kann eine Unterlassensbegehung begrifflich da nicht in Betracht kommen, wo der Tatbestand sich auf die Vornahme einer bestimmten Handlung beschränkt und dieser Handlung ein tatbestandsmäßiger Erfolg auch nicht assoziierbar ist, wo also die Handlung sich in ihrem positiven Wesen

1) Einführung C 5
2) In etwas unklarer Formulierung meint auch Cramer (Grundbegriffe 13/26), manche Tatbestände seien "ihrer Struktur nach so angelegt, daß das durch sie beschriebene Unrecht nur durch Entfaltung einer aktiven Tätigkeit verwirklicht werden kann."

erschöpft. Die Verwirklichung eines derartigen Tatbestandes setzt also immer ein entsprechendes subjektiv-aktives Handeln voraus.[1]

Eine erschöpfende Aufzählung solcher Tatbestände ist nicht möglich und auch nicht geboten, da die Frage einer selbständigen Unterlassensbegehung -um die allein geht es hier- sich bei ihnen denknotwendig überhaupt nicht stellen kann.

Beispielhaft seien zur Veranschaulichung einige solche Zuwiderhandlungen, an denen das OWiR reich ist, genannt:

Ins Auge springt zunächst eine Reihe von Tatbeständen, deren Bußdrohung an das "Ausüben von Benutzungen"[2] oder schlicht an ein "Benutzen" oder "Gebrauchen" geknüpft ist.[3] Diese Zuwiderhandlungen lassen sich mit dem Schema von Ursache und Wirkung begrifflich nicht erfassen. Sie bestehen ausschließlich in einem entsprechenden positiven Verhalten des Normsubjekts.

Das Gleiche gilt für eine Vielzahl von Bestimmungen, in denen das "Betreiben eines Gewerbes, Geschäfts oder einer Anlage" unter bestimmten Voraussetzungen mit Buße bedroht ist.[4]

Schließlich sei noch § 125 OWiG erwähnt, der das unbefugte "Tragen von Berufstrachten oder Berufsabzeichen" zum Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erhebt.

Alle genannten Tätigkeiten lassen sich nicht als die Verursachung irgendeiner rechtlich relevanten Wirkung begreifen oder dahin umdeuten, noch ist ihnen ein tatbestandsmäßiger Erfolg "assoziierbar". Sie sind deshalb begrifflich an Aktivität gebunden.[5]

---

1) Zur näheren Begründung vgl. oben 2, Abschn. II. Kap. § 6 II

2) so z.B. § 41 I Nr. 1 WasserhaushG

3) vgl. etwa § 26 Nr. 2 WohnungsbindungsG, §§ 123,124 OWiG, § 23 I Nr. 1 BFstrG (Gebrauchen einer Bundesstraße zu Sondernutzungen ohne Genehmigung).

4) vgl. etwa § 28 I Nr. 4 GaststättenG; § 38 I Nr. 3 LuftverkehrsG; § 9 EinzelhandelsG; § 99 I Nr. 1a-d GüKG; § 41 I Nr. 6 WasserhaushaltsG.

5) Nach der amtl. Begründung zu § 13 OWiG soll ein Unterlassen bei solchen Tatbeständen zur Tatbestandsverwirklichung nicht geeignet sein, die eine "körperliche Anwesenheit beim tatbestandsmäßigen Geschehen" erfordern (B.T.-Drucks. V/1269 S. 124).

Begrifflich ausgeschlossen ist eine Unterlassensbegehung auch bei eigenhändigen Zuwiderhandlungen, -soweit solche existieren- da deren Wesen ja gerade darin besteht, daß sie eine eigenhändige aktive Ausführung der tatbestandsmäßigen Handlung erfordern. Die theoretische Möglichkeit der Existenz solcher Tatbestände im Ordnungsrecht ist nicht zu bezweifeln. Es dürfte indes ein im Rahmen dieses Themas kaum zu bewältigendes Unterfangen sein, derartige Ordnungstatbestände erschöpfend lokalisieren zu wollen. Eine allseits anerkannte präzise Definition des eigenhändigen Delikts ist nämlich bis heute auch im Strafrecht nicht gefunden.[1]

Wir wollen uns deshalb damit begnügen, einige Zuwiderhandlungen beispielhaft zu nennen, für die man nach der oben [2] widergegebenen Begriffsbestimmung von Schröder wohl Eigenhändigkeit fordern müßte.

Zu denken wäre etwa an § 67 PStG, wo der Priester, der ein Paar kirchlich traut, ohne daß dieses zuvor standesamtlich getraut worden ist, wegen dieser Ordnungswidrigkeit mit Buße bedroht wird. Der spezifische Unwert dieser Zuwiderhandlung dürfte wohl nur durch die eigenhändige Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung zu realisieren sein, weil er untrennbar mit der Person des Täters verknüpft ist.

Folgt man der Rechtsprechung, so setzt auch das Führen von Kraftfahrzeugen i.S.d. § 315c Nr. 1a StGB Eigenhändigkeit voraus, was durchaus einleuchtend erscheint.[3]

Bei vorsichtiger Verallgemeinerung dieser Rechtsprechung kann man wohl dazu kommen, alle Zuwiderhandlungen des Straßenverkehrsrechts, die das "Führen" eines KFZ oder sonstigen Verkehrsmittels voraussetzen, (wie z.B. §§ 2,3, 28 StVO) als eigenhändige Zuwiderhandlungen zu qualifizieren.

---

1) vgl. nur aus der jüngsten Literatur die Darstellung von Herzberg in ZStW 82, 896 ff.;teilweise, so z.B. von Kohlrausch-Lange vor § 47 Bem. I 2., wird angenommen, alle schlichten Tätigkeitsdelikte seien eigenhändiger Natur.Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus den Darlegungen oben im 2. Abschn. II. Kap. § 3 II.

2) unter I.

3) vgl. BGHSt 18, 6; zustimmend Schönke-Schröder § 315c Rdn. 11a; vor § 47 Rdn. 116

2. Verhaltensgebundene Zuwiderhandlungen

a) Erläuterung der Problematik

Praktisch bedeutsam innerhalb innerhalb der Oberkategorie der unterlassungsfeindlichen Tatbestände sind vor allem jene, die wir unter der Bezeichnung "verhaltensgebundene Zuwiderhandlungen"[1] zusammenfassen wollen. Solche Tatbestände gestatten eine selbständige Unterlassungstäterschaft deshalb nicht, weil sie ein spezifisches äußeres Verhalten des Normsubjekts voraussetzen, welches in einer Unterlassung nicht zum Ausdruck kommen kann. Man könnte deshalb auch von "ausdrucksgebundenen Zuwiderhandlungen" sprechen.

Auch bei diesen Tatbeständen ergibt sich eine zweifache Problemstellung: Zunächst gilt es zu beweisen, daß derartige Zuwiderhandlungen existieren, die wegen der besonderen Art der geforderten Handlung in jeder Begehungsform ein nach außen hervortretendes, also ausdrucksgebundenes Verhalten erfordern. Sodann soll versucht werden, die in diese Kategorie fallenden Tatbestände in Fallgruppen zu erfassen.

Als Anschauungsbasis für unsere Beweisführung soll der bereits an anderer Stelle herangezogene § 33 IV Nr. 4 AWG dienen, wonach u.a. ordnungswidrig handelt, wer "die Nachprüfung von Umständen, die ..... erheblich sind, dadurch verhindert, daß er Bücher und Auszeichnungen, deren Führung ihm nach handels- oder steuerrechtlichen Vorschriften obliegt, ... verheimlicht."[2] Hier fragt es sich, ob die pflichtwidrige Nichtabwendung eines der beschriebenen Erfolge seitens eines Garanten geeignet ist, den vollen Unwert des Tatbestandes zu realisieren. Denn schon in der aktiven Begehungsform muß zur Herbeiführung des mißbilligten Erfolgs als weiteres Unrechtsmerkmal eine bestimmte Art und Weise der Ausführung verwirklicht sein, die das Gesetz mit dem Begriff "Verheimlichen" umschreibt. Aus der sozialen Sinnbedeutung dieses , durch

1) Terminus von Herzberg, Unterlassung S. 60 ff.; ebenso schon Roxin, Täterschaft S. 312

2) Es handelt sich um einen "Pflichttatbestand", der schon für die aktive Begehungsform eine besondere Garantenstellung des Täters voraussetzt. Die Frage geht also hier dahin, ob der Tatbestand als e c h t e s Unterlassungsdelikt zu verwirklichen ist.

das Adjektiv "heimlich" gefärbten Tätigkeitswortes folgt, daß hier mehr gefordert ist, als nur die schlichte Bewirkung eines Erfolgs, nämlich ein "von einem subjektiven Sinn gelenktes",[1] d.h. auf einen Geheimhaltungserfolg final ausgerichtetes Verhalten. Der Verheimlichungscharakter dieses Verhalten entsteht erst dadurch, daß sich in ihm -wie Herzberg formuliert- "der Wille zur Restitutionsvereitelung erkennbar ausdrückt"[2]. Akzeptiert man diese Ausdeutung des Verheimlichungsbegriffs[3], so ergibt sich die prinzipielle Unterlassensfeindlichkeit aller Tatbestände mit einer derartigen Handlungsbeschreibung aus folgenden Überlegungen:

Ohne jeden Zweifel gilt der Gedanke der "Garantiefunktion" des gesetzlichen Tatbestandes für jede Begehungsform, also für die aktive wie passive Begehung, und zwar unter Einschluß sämtlicher, insbesondere auch handlungsmodifizierender Tatbestandsmerkmale.[4] Es kann schlechterdings nicht so sein, daß diese Garantiefunktion plötzlich außer Kraft gesetzt würde, nur weil eine Begehung durch Unterlassen in Frage steht. Daraus folgt, daß keines der im Begehungstatbestand vorausgesetzten Unrechtsmerkmale -ausgenommen die durch die Garantenpflicht ersetzbare Kausalität- verzichtbar ist.

Erinnern wir uns weiter, daß die Garantenpflicht eben n u r dazu da ist, den Mangel der Kausalität im Unterlassensfalle auszugleichen und darüberhinaus nichts weiter zu ersetzen vermag, dann ergibt sich zwingend, daß für eine Unterlassensbegehung aller jener Tatbestände, die über die Verursachung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs hinaus weitere, handlungsspezifische Merkmale voraussetzen, zur Garantenpflicht eben diese zusätzlichen Unrechtsfaktoren hinzukommen müssen, um das Unterlassen als volle Verwirklichung des beschriebenen

---

1) so Gallas, ZStW 67, 33
2) Mit Bezug auf denselben Begriff in § 259 StGB a.F., S. 148
3) vgl. etwa BGHSt 2, 135 (137) wo sich Andeutungen in dieser Richtung finden; ferner Dreher, Kommentar § 259 Anm. 3 B a (bloßes Verwahren der Beute kein Verheimlichen i.S.d. § 259 StGB a.F.; Welp, S. 146 nimmt einen "modalitätsgebundenen Begriff" an; näher dazu noch unten 3 d.
4) eingehend dazu Nickel, S. 12 ff., 157

tatbestandlichen Unrechts erscheinen zu lassen.
Es ist ganz undenkbar, daß ein Ausgleich für das bei der Unterlassung fehlende Handlungsunrecht durch allgemeine Unrechtsfaktoren wie Gesinnungen, Motive oder erhöhte verbrecherische Energien geschaffen werden könne, wie dies früher von Dahm[1] vertreten wurde, oder auch durch eine "Gesamtbewertung der Tat in sozialethischer und sozialpsychologischer Sicht", wie es auch in neuerer Zeit vereinzelt noch angenommen wird.[2]
Gesinnungen und Motive können, sofern sie nicht ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen sind, allenfalls im Schuldbereich relevant werden. Hier geht es aber allein darum, welche speziellen Anforderungen an die tatbestandsmäßige Handlung erfüllt sein müssen. Und das ist auch im Falle einer Begehung durch Unterlassen allein ein Problem der Auslegung des Tatbestandes.
Ergibt diese einen besonderen sozialen Sinngehalt der dort beschriebenen Handlung, der durch eine Unterlassung nicht zum zum Ausdruck kommen kann, so kann eine wie immer begründete "Gesamtbewertung" der Unterlassung diese nicht dennoch als tatbestandsmäßig erscheinen lassen. Eine solche Handhabung würde nicht nur, wie Jescheck[3] zu Recht bemerkt, zu einer Gefühlsrechtsprechung führen, sondern die Garantiefunktion des Tatbestandes praktisch außer Kraft setzen und damit gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen.[4]
Wenn es nun in den Entsprechensklauseln der §§ 8 OWiG, 13 StGB heißt, : ".....und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht", so sind diese insoweit mißverständlich formuliert, als sie den

1) ZStW 59, 159
2) vgl. die Nachweise oben § 11
3) Lb. S. 476
4) In diesem Sinne auch Herzberg, Unterlassung S. 63; vgl. ferner Nickel (S. 93 f.):"Die Bedeutung der tatcharakteristischen Merkmale für die Garantietatbestände der unechten Unterlassungsdelikte ist demnach eindeutig: Entweder ergibt die Auslegung die Unterlassungsoffenheit dieser Merkmale und damit ihre Zugehörigkeit zum Unterlassungsgarantietatbestand, oder aber das Merkmal ist unterlassungsfeindlich und schließt die Annahme einer unechten Unterlassung aus."

Eindruck erwecken, daß ein Entsprechungsverhältnis von Unterlassung und aktiver Begehung auch bei Tatbeständen mit spezifischen Handlungsvollzügen in dem hier behandelten Sinn im konkreten Fall doch gegeben sein könnte.
Die einzig logische und vertretbare Schlußfolgerung aus vorstehenden Überlegungen ist diese: erfüllt die konkrete Unterlassung a l l e Anforderungen des gesetzlichen Tatbestandes einschließlich tatcharakteristischer Merkmale, so ist der Tatbestand verwirklicht, erfüllt sie diese nicht, so liegt keine Straftat oder Ordnungswidrigkeit vor. Es gibt nur dieses Entweder-Oder.[1]
Das bedeutet für das "Verheimlichen" i.S.d. § 33 IV Nr. 4 AWG, daß auf ein ausdrucksvolles Verhalten im oben dargelegten Sinn nicht verzichtet werden kann.[2] Da wir nun aber auf dem Standpunkt stehen, daß jedes aussagekräftige, positiv w i r k e n d e Verhalten als positives Tun zu bewerten ist, bleibt nur die eine Konsequenz, daß man durch Unterlassen nicht "verheimlichen" kann, gleichgültig, ob der entsprechende gesetzlich mißbillgte Erfolg eintritt oder nicht.
Ein einfaches Beispiel soll das zur weiteren Verdeutlichung illustieren: Nehmen wir an, ein am Außenwirtschaftsverkehr teilnehmender Geschäftsinhaber G[3] läßt aus Platzmangel in seinen Büroräumen Geschäftsbücher und Aufzeichnungen i.S.d. § 33 IV in die Kellerräume seines Betriebes schaffen. Hier wird niemand auf den Gedanken kommen, dies als ein Verheimlichen zu bezeichnen, selbst wenn später der tatbestandlich mißbilligte Erfolg einer Erschwerung oder Vereitelung behördlicher Nachprüfungen eintreten sollte. Denn es fehlt an einem nach außen zutagetretenden "verheimlichenden" Verhalten. Wenn aber schon ein einfaches aktives Bewirken des Verheimlichungserfolgs nicht ausreicht, um den zusätzlichen

1) so auch Nickel S. 93 f.
2) In der Sache ebenso Herzberg mit Blick auf § 259 StGB, der feststellt, ein Verhalten ohne schlüssigen Aussagewert könne dort nicht tabestandsmäßig sein (Unterlassung S.148).
3) Als solcher tauglicher Täter und "Garant" i.S.d. § 33 IV AWG

Verhaltensunwert des Verheimlichens zu realisieren, dann kann dies erst recht nicht durch ein schlichtes Unterlassen im Sinne einer bloßen Nichtabwendung des Erfolgs geschehen. Eine Handlungsmodifikation, die in einem farblosen aktiven Bewirken nicht zum Ausdruck kommt, kann sich durch ein schlichtes Unterlassen schon gar nicht manifestieren.

Das wird noch deutlicher, wenn man sich etwa einen Fall des § 263 StGB in der Unterlassensbegehung durch einen Beschützergaranten vorzustellen versucht. Der Betrug erfordert -soweit seine Tatbestandsmerkmale hier von Interesse sind- die Verursachung einer irrtumsbedingten schadenstiftenden Vermögensverfügung durch T ä u s c h u n g.

Geht man mit einer in der Literatur wohl schon herrschenden Meinung davon aus, daß der Begriff der Täuschung eine Handlung mit einem bestimmten Erklärungswert [1], zumindest aber eine auf das Verstehen gerichtete Einwirkung auf das Vorstellungsbild des zu Täuschenden erfordert[2], so genügt die schlicht kausale Verursachung eines Irrtums dem Tatbestand nicht, selbst wenn die dort beschriebenen weiteren Folgen eintreten. Denn zur Erfolgsverursachung muß ein ausdrucksvollen Verhalten mit dem sozialen Sinngehalt einer L ü g e hinzukommen.[3] Stellt man sich also etwa vor, ein Kaufmann habe bei einer günstigen Gelegenheit die Geschäftsbücher seines Handelspartners "frisiert", so daß dieser nun glaubt, er sei wegen seiner in Wahrheit noch offenen Forderung gegen den Fälscher befriedigt und klärt der Buchhalter, der den Schwindel entdeckt hat, seinen Dienstherrn darüber nicht auf, so kann letzterer niemals wegen Betruges strafbar sein. Zwar ließe sich für ihn eine Garantenstellung qua Beschützergarantie hinsichtlich des Vermögens seines Arbeitgebers durchaus bejahen. Auch ist er für den Erfolg, daß dieser die Eintreibung der in Wirklichkeit noch offenen Forderung unterläßt

1) vgl. Herzberg, Unterlassung S. 72 m.w.N.
2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 32
3) so auch Herzberg a.a.O.

und dadurch geschädigt wird, aufgrund seiner Garantenstellung voll verantwortlich zu machen. Jedoch kann sein schlichtes Unterlassen der Irrtumsaufklärung niemals den sozialen Sinngehalt einer Täuschungshandlung haben. Ein Verhalten mit diesem besonderen Sinngehalt ist nur möglich entweder in der Form der ausdrücklichen Erklärung durch Worte, Zeichen oder sonstige sinnliche Verständigungsmittel oder aber in der Form konkludenten -wenn auch körperlich passiven- Verhaltens, also stets nur in der Art eines a u s d r u c k s v o l l e n Verhaltens, d.h. aber für uns eines positiven Tuns.[1]
§ 263 StGB kann als Musterbeispiel eines subjektiv modifizierten, ausdrucksgebundenen -und daher unterlassensfeindlichen- Tatbestandes gelten.
Nun könnte man geneigt sein, dem entgegenzuhalten, das Ergebnis der Unterlassensfeindlichkeit ergebe sich nur aufgrund unseres Axioms, wonach ein jedes konkludent-passive Verhalten als positives Tun zu bewerten ist. Eine Unterlassensbegehung würde sofort wieder möglich, wenn man mit den naturalistischen Abgrenzungstheorien bei k ö r p e r l i c h e r Passivität ein Unterlassen annähme. Indes: das wäre keine "Unterlassensbegehung" in der Art einer gewöhnlichen unechten Unterlassung. Denn das ausdrucksvoll - konkludente "Unterlassen" ist von dem schlichten Unterlassen im Sinne des Nichtabwendens eines Erfolges qualitativ grundverschieden. Der Unterschied liegt darin, daß die konkludente Passivität -wie oben gezeigt wurde- positive Wirkungen hervorzurufen geeignet ist. Und daraus folgt als logische Konsequent, daß es bei dieser Art von "Unterlassung" auf das Vorliegen einer Garantenstellung überhaupt nicht ankommen kann und daß darüberhinaus das Garantenprinzip bei allen mindestens konkludentes Verhalten voraussetzenden -verhaltensgebundenen- Tatbeständen überhaupt nicht gilt. Diese, auf den ersten Blick verblüffende Erkenntnis ist

---

1) § 263 StGB kann deshalb richtiger Ansicht nach durch schlichtes Unterlassen der Abwendung eines Irrtums überhaupt nicht verwirklicht werden, was freilich in der Strafrechtslehre bisher nur von wenigen Autoren anerkannt wird, vgl. etwa Schünemann S. 368; Herzberg, Unterlassung S. 74; H. Mayer Lb. S. 152

Herzberg zu danken.[1]
Erfüllt das ausdrucksvolle Verhalten den besonderen sozialen Sinngehalt des betreffenden Tatbestandes, so ist der Tatbestand erfüllt, ohne daß die Frage einer Garantenstellung noch zu prüfen wäre. Das zeigt auch ein Rückblick auf die bisher erörterten verhaltensgebundenen (= ausdrucksgebundenen) Tatbestände: Wer ein erkennbar auf Geheimhaltung oder auf Entdeckungserschwerung abzielendes Verhalten an den Tag legt, der verheimlicht immer, einerlei, ob dieses Verhalten in Passivität oder körperlicher Aktivität sich äußert. Wer durch konkludentes, vielsagendes Schweigen etwas Falsches erklärt, der täuscht ebenso wie einer, der mit falschen Worten lügt. Die Denkkategorien von Ursache und Wirkung passen offenbar auf derartige Handlungsvollzüge überhaupt nicht.
Die Zuordnung des konkludent wirkenden passiven Verhaltens zum positiven Tun hat daher den besonderen Vorteil, daß bei jenen Tatbeständen, welche als verhaltensgebundene Tatbestände ein mindestens konkludentes Verhalten fordern, von vornherein feststeht, daß es auf das Vorhandensein einer Garantenstellung überhaupt nicht ankommt. Die Alternative heißt immer nur: Entweder weist das fragliche Verhalten den spezifischen Sinngehalt des tatbestandlich beschriebenen Tuns auf - dann Tatbestandsmäßigkeit gegeben- , oder es weist ihn nicht auf -dann keine Tatbestandsmäßigkeit. Die Notwendigkeit einer Garantenstellung entfällt, weil ein als tatbestandsmäßig erkanntes Verhalten nur positives Tun sein kann. Für Herzberg, als einem Anhänger der naturalistischen Abgrenzungstheorie, ergibt sich indessen das Dilemma, daß u.U. ein -ausdrucksvolles- Unterlassen als volle Verwirklichung eines Begehungstatbestandes erscheint, wenn es sich um ein ausdrucksgebundenes oder verhaltensgebundenes Delikt handelt, ohne daß das Vorhandensein einer Garantenstellung nachzuweisen ist. Das widerspricht aber den §§ 8 OWiG, 13 StGB, in denen unmißverständlich klargestellt ist, daß eine Strafbarkeit bzw.

1) Unterlassung S. 69 ff.; für die Fälle der Beteiligung durch Unterlassen behält natürlich das Garantenprinzip Gültigkeit.

ordnungsrechtliche Verfolgbarkeit des Unterlassens stets ein "Einstehenmüssen" im Sinne einer Garantenstellung voraussetzt- von den Fällen des gesetzlich geregelten echten Unterlassens abgesehen. Eine vom Garantenprinzip gelöste, unmittelbare Begehung verhaltensgebundener Begehungstatbestände durch Unterlassen soll es also nach dem Willen des Gesetzes offenbar nicht geben.

Ein Widerspruch zu diesem, durch §§ 8 OWiG, 13 StGB geäußerten Willen des Gesetzgebers ergibt sich dagegen nicht, wenn man, wie wir, das ausdrucksvolle Verhalten im Bereich der sinnreichen Tatbestände generell dem positiven Tun zuschlägt. Die Entsprechensklauseln der genannten Vorschriften haben nach allem von unserem Standpunkt lediglich eine begrenzte Funktion, nämlich eine nur negativ wirkende A u s s c h l u ß-funktion: Im Hinblick auf die ausdrucks-oder verhaltensgebundenen Tatbestände entspricht ein Unterlassen niemals dem geforderten positiven Tun. Also braucht ein Garant, der insoweit den Tatbestandserfolg nicht abwendet, niemals nach der Bußdrohung eines solchen Tatbestandes hierfür einzustehen.

Wie dem auch sei: in der Sache stimmen wir mit Herzberg, Schmidhäuser, Schünemann und Nickel darin überein, daß ausdrucks -oder verhaltensgebundene Tatbestände -Tatbestände mit "besonderem sozialen Sinngehalt"- oder wie immer man sie bezeichnen mag, in der klassischen Form der unechten Unterlassung, also der schlichten Nichtabwendung eines Tatbestandserfolgs, nicht verwirklicht werden können.[1]

---

1) vgl. die Nachweise betreffend die genannten Autoren oben unter § 11

b) Entwurf einer Lösungsmethode zur Bestimmung verhaltensgebundener Tatbestände

Die bisherige Darstellung hat ergeben, daß Tatbestände mit subjektiv modifizierten Handlungsvollzügen grundsätzlich verhaltensgebundene und damit unterlassungsfeindliche Zuwiderhandlungen beschreiben. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Vielmehr kann ausnahmsweise ein solcher Tatbestand einmal unterlassungsoffen sein. Durch die Feststellung der subjektiven Handlungsmodifikation ist eine Unterlassungsfeindlichkeit lediglich indiziert. Das wird sogleich zu erläutern sein. Zunächst gilt es, einigermaßen verläßliche Kriterien zu finden für die Abgrenzung dieser Tatbestandsgruppe von den zuvor erörterten Tatbestandskategorien.

Die Strafrechtsliteratur, in der zwischen subjektiven und objektiven Handlungsmodifikationen nicht unterschieden wird, bietet insoweit wenig Hilfen an. Lediglich Herzberg und Schünemann geben Andeutungen, in welcher Richtung die Überlegungen verlaufen müssen. Letzterer meint, immer dann, wenn die tatbestandsmäßige Handlung sich nicht in einem naturalistischen Vorgang erschöpfe, sondern in erster Linie Träger und Vermittler eine Sinngehalts sei, immer dann sei eine Unterlassensbegehung nur in der Form des "konkludenten Unterlassens" möglich.[1] In ähnlicher Weise will Herzberg die Frage der Verhaltensgebundenheit danach entscheiden, ob die jeweilige Handlung sich einfügen läßt "in das sinnarme Schema von Ursache und Wirkung".[2]

Damit ist zweifellos der entscheidende Gesichtspunkt für die Unterscheidung zwischen reinen Erfolgstatbeständen und solchen mit modifizierten Handlungsvollzügen herausgestellt. Aber es fragt sich damit sogleich, wie denn nun festzustellen sei, ob der betreffende Tatbestand sich mit einer schlicht kausalen Erfolgsbewirkung begnügt oder nicht.

1) S. 368; Er rechnet hierzu die Aussagedelikte (§§ 153, 154), die Beleidigung, § 185, die Unterschlagung (§246), den Betrug, sowie beiläufig auch die falsche Anschuldigung, (jetzt "Falschverdächtigung", § 164), vgl. S. 369 Fußn. 83.

1) Unterlassung S. 83 (mit Blick auf die Beleidigung)

Dies ist nun -um es nochmals zu betonen- allein eine Auslegungsfrage, die an sich für jeden einzelnen Tatbestand besonders zu lösen wäre. Es wäre deshalb ein hoffnungsloses Unterfangen, allgemeingültige Maßstäbe für dieses Auslegungsproblem in der Art einer "vor die Klammer gezogenen" generalisierenden Formel entwickeln zu wollen.
Wir können lediglich versuchen, eine Auslegungs m e t h o d e zu entwerfen und Fingerzeige zu geben.
Bei der Feststellung objektiver Handlungsmodifikationen ergeben sich zunächst kaum Schwierigkeiten, da das objektive Handlungsmerkmal zumeist ausdrücklich im Tatbestand -z.B. als Tatmittel- bezeichnet ist. Die größten Schwierigkeiten liegen bei den subjektiv modifizierten Handlungsvollzügen, da die besondere subjektive Färbung meistens in einem Tätigkeitswort versteckt ist. Deshalb ist bei solchen Handlungsbeschreibungen zunächst immer die natürliche Wortbedeutung des im Tatbestand verwendeten Tätigkeitswortes zu ermitteln. Der spezifische soziale Sinn eines Rechtsbegriffs läßt sich nicht ohne Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch bestimmen.[1] Zu Unrecht lehnt Vogt[2] die natürliche Wortbedeutung als Kriterium für die Bestimmung der Unterlassungstauglichkeit eines Tatbestandes ab. Die Gesetze sind nicht in einer Kunstsprache, sondern in der gemeinsamen Sprache, die innerhalb eines Sprachraumes jedermann versteht, abgefaßt, damit jeder sich nach ihnen richten und aus ihnen unterrichten kann.[3] Jede legislatorische Begriffsbildung ist daher an die Maxime der Volkstümlichkeit gebunden.[4] Mögen auch die Ränder eines Rechtsbegriffs unscharf sein, so wird doch ihr Kern immer durch den allgemeinen Sprachgebrauch bestimmt.[5]
Daher muß jede Tatbestandsauslegung von der natürlichen Wortbedeutung her ihren Ansatz nehmen.

1) Konsequentester Verfechter einer allein an der natürlichen Wortbedeutung orientierten Auslegungsmethode bei der Bestimmung unterlassenstauglicher Begehungstatbestände ist H. Mayer gewesen (Lb. S.129), der zwischen "tatbildmäßigen Verbrechen" (offenbar reine Verursachungstatbestände) und solchen mit bestimmt beschriebener Handlung trennte.
2) ZStW 63, 393
3) Larenz, Methodenlehre S. 301
4) vgl. Schünemann S. 301; 5) Herzberg, Unterlassung S.110

Es ist also immer zunächst zu prüfen, ob nach dem natürlichen Sprachgebrauch die tatbestandsmäßige Handlung sich als eine rein naturalistisch-kausale Erfolgsbewirkung begreifen läßt. Ist das der Fall, so liegt ein verhaltensneutraler und daher uneingeschränkt unterlassenstauglicher Tatbestand vor.
Führt die Auslegung zum gegenteiligen Ergebnis, so liegt ein modalitätsgebundener Tatbestand vor. Es ist dann zunächst zu prüfen, ob die Handlungsmodifikation in ihrem Unwertgehalt vom Täter ablösbar ist und sich in eine Erfolgsmodifikation umdeuten läßt (objektive Handlungsmodifikation), oder ob sie ihrem sozialen Sinn nach an ein bestimmtes subjektives Verhalten des Täters oder seines Werkzeugs gebunden ist (subjektive Handlungsmodifikation).
Die Verhaltensneutralität eines Tatbestandes ist in den meisten Fällen am einfachsten dadurch festzustellen, daß man sich einen einfachen Fall aktiver Begehung desselben vorstellt, in dem der tatbestandsmäßige Erfolg durch eine völlig farblose, schlicht kausale Handlung bewirkt wird. Sodann ist zu prüfen, ob dieser reine Bewirkensakt den Sinn des im Tatbestand verwendeten Tätigkeitsworts vollkommen ausfüllt. Ist das der Fall, so liegt ein uneingeschränkt unterlassenstauglicher Tatbestand vor.
Daß über diese Faustregel hinaus allgemeine präzise Kriterien nicht aufgestellt werden können, liegt wohl angesichts der Vielfalt denkbarer und tatsächlich existierender Handlungsmodifikationen auf der Hand.
Es soll nun im folgenden mit dieser Methode versucht werden, an Hand einzelner, häufig verwendeter oder besonders instruktiver Tätigkeitswörter einheitliche Fallgruppen subjektiv modifizierter Tatbestände herauszuarbeiten, ohne daß damit freilich ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann.
Eine Einschränkung muß unsere am natürlichen Wortlaut orientierte Auslegungsmethode allerdings noch erfahren: Wie oben bereits angedeutet wurde, entscheidet die subjektive Färbung des betreffenden Tätigkeitswortes nicht in jedem Fall allein über die Verhaltensgebundenheit einer Tatbestandshandlung. Oberster Orientierungsmaßstab jeder Rechtsfindung ist die

sog. ratio legis, der Sinn des Gesetzes.[1] Das gilt auch für das Straf -und Ordnungsrecht, solange der Rahmen zulässiger Auslegung nicht überschritten wird.

Die definitive Entscheidung darüber, ob das im Tatbestand verwendete Tätigkeitswort eine verhaltensgebundene Zuwiderhandlung beschreibt, kann daher in manchen Fällen erst nach einer zusätzlichen teleologischen Tatbestandsinterpretation getroffen werden. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die beschriebene "gefärbte" Tätigkeit realiter einen gegenüber dem schlichten Bewirken gesteigerten Handlungsunwert in sich birgt. Wo die teleologische Interpretation das verneint, muß die Wortlautauslegung zurücktreten.[2] Es liegt dann nur eine scheinbar verhaltensgebundene Zuwiderhandlung vor.

Insbesondere zwei Tatbestandseigenarten kommen als teleologische Auslegungshilfen in diesem Zusammenhang in Betracht:

aa) Einmal kann es so sein, daß derselbe Tatbestand mehrere Begehungsalternativen enthält, deren eine als subjektiv modifizierte erscheint, während andere offenbar begehungsneutral ausgestaltet sind. Dann spricht eine Vermutung dafür, daß der "gefärbten" Alternative gegenüber den begehungsneutralen kein besonderer Handlungsunwert zukommt. Denn durch die Gleichstellung in ein-und demselben Tatbestand mit derselben Bußdrohung zeigt das Gesetz, daß die unterschiedlichen Begehungsweisen keine unterschiedliche Bewertung erfahren sollen. Eine scheinbar verhaltens -oder ausdrucksgebundene Handlungsbeschreibung kann auf solche Weise zu einem Unterfall der übrigen allgemein gehaltenen, begehungsneutralen Tatbestandshandlungen verunselbständigt sein und dadurch seinen unterlassungsfeindlichen Charakter verlieren.[3] Ein gutes Beispiel hierfür bietet § 19 I Nr. 3 des MeldeG NW, wonach ordnungswidrig handelt, wer "sich für eine Wohnung anmeldet, die er nicht bewohnt oder an einer solchen Meldung

1) vgl. Larenz, Methodenlehre S. 250 f.
2) vgl. Arthur Kaufmann in "Analogie und Natur der Sache" S. 29 ff.; Larenz, Methodenlehre S. 250; Engisch in "Einführung in das juristische Denken" S. 174
3) vgl. Herzberg, Unterlassung S. 88, der im Hinblick auf §§ 186, 187 StGB ähnliche Überlegungen anstellt.

m i t w i r k t". Hier könnte man erwägen, ob nicht der Begriff der "Meldung" eine Handlung beschreibt, die "als Träger und Vermittler eines Sinngehalts" verhaltensgebunden sei.[1] Dadurch, daß der Gesetzgeber dieser Tatmodalität aber eine weitere, eindeutig verhaltensne trale, an die Seite gestellt hat (Mitwirken=Fördern, Verursachen), läßt er erkennen, daß der Unwertgehalt dieses Tatbestandes allein durch den Erfolg die fehlerhafte Information der Meldebehörde- gebildet wird.

bb) Eine weitere Einschränkung der wortorientierten Auslegungsmethode kann sich aus folgendem Gesichtspunkt ergeben: Im Ordnungsrecht, das sich häufiger als das Strafrecht mit komplizierten und teils gekünstelten Sachverhalten befassen muß, kann die Situation so sein, daß die Sprache für die Beschreibung der Herbeiführung eines Erfolgs keinen anderen, als einen "gefärbten" Begriff zur Verfügung stellt, ohne daß dieser "Färbung" ein erkennbarer besonderer Unwert anhaftet. Dann kann es durchaus sein, daß das Gesetz trotz dieser -rein sprachlich bedingte- Färbung der Handlungsbeschreibung j e d e beliebige Herbeiführung des tatbestandlich mißbilligten Erfolgs mit Buße bedrohen will.
Ein Beispiel hierfür bietet § 28 I Nr. 7 GaststättenG, der es dem Gastwirt unter Bußandrohung verbietet, alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene oder entgegen einem gesetzlichen Verbot (§ 19 GaststättenG) zu v e r a b r e i c h e n. Hier könnte man meinen, die Tätigkeit des Verabreichens beinhalte einen spezifischen sozialen Sinngehalt, etwa: die einverständliche Einräumung der Verfügungsgewalt.
Aber jedes andere zur Beschreibung des hier mißbilligten Erfolgs -daß der Betrunkene noch mehr Alkohol erhält- geeignete Tätigkeitswort hätte diese subjektive Färbung ebenfalls.
Als Ersatzbegriffe kämen etwa in Betracht die Verben

1) Daß dies im Regelfall zutrifft, wird sogleich darzulegen sein.

"Übergeben", "Ausschenken", "Verabfolgen", "Überreichen" oder "Abgeben". Sie alle bergen den gleichen subjektiven Sinn in sich wie der Begriff des Verabreichens. In einem solchen Fall muß positiv festgestellt werden, daß der subjektiven Färbung des Tätigkeitswortes realiter ein besonderer Handlungsunwert anhaftet, wenn eine Verhaltensgebundenheit des Tatbestandes mit Unterlassensfeindlichkeit angenommen werden soll. Bei § 28 I Nr. 7 GaststättenG kann ein besonderer Handlungsunwert kaum festgestellt werden. Hier dürfte der Zweck des Gesetzes allein darin liegen, den Erfolg der Besitzübertragung zu verhindern. Die natürliche Wortbedeutung des Verabreichens -die m.E. ein einverständliches Geben und Nehmen voraussetzt- kommt daher hier nicht zur Geltung. Vielmehr genügt jede beliebige Verursachung des tatbestandlich mißbilligten Erfolgs, der folglich auch durch ein pflichtwidriges Nichtabwenden eines Garanten verwirklicht werden kann.

3. Einzeluntersuchungen zwecks Fallgruppenbildung

a) Falscherklärungstatbestände

Von größter praktischer Bedeutung sind im Ordnungsrecht die sog. "Äußerungstatbestände", d.h. Tatbestände, die eine auf das Verstehen gerichtete Äußerung des Täters in Richtung auf den Äußerungsempfänger erfordern.
Ins Auge fällt unter diesen Tatbeständen die schier unübersehbare Fülle jener Tatbestände, die schon ihrem Wortlaut nach die Abgabe einer unrichtigen Meldung, Anzeige, Mitteilung, Auskunft oder Erklärung voraussetzen.[1] Handelt es sich bei diesen Tatbeständen um solche mit subjektiv modifizierter Begehungsweise, so besteht nach obigen Ausführungen eine Vermutung der Unterlassungsfeindlichkeit. Zur Klärung dieser Frage bietet sich zunächst ein Vergleich mit den ähnlich strukturierten bekannten Äußerungsdelikten des StGB an.

---

1) vgl. u. a. §§ 18 I Nr. 3,4 i.Vm. 12 V KriegswaffenG, §§ 99 I Nr. 4a GüKG, 33 IV Nr. 1 AWG, 156 I Nr.1 BBauG, 14 StatistikG, 9 I Nr. 1 SammlungsG NW, 84 I Nr. 1 BLG, 24 I Nr. 1,3 USG, 28 I Nr. 11 GaststättenG.

Für einige von ihnen, so etwa für die Falschaussagedelikte, §§ 153, 154 StGB, ist die Begehung durch Unterlassen nach einhelliger Meinung ausgeschlossen.[1] Geteilt sind die Meinungen hinsichtlich der Beleidigung, § 185 StGB.[2] Die Doppelehe, die man wohl auch noch zu den Äußerungsdelikten im weiteren Sinne rechnen kann, weil die entscheidende Tatbestandshandlung in der Erklärung der Täter vor dem Standesbeamten, miteinander die Ehe eingehen zu wollen, besteht, wird von Maurach als ein unstreitiges "Nur-Begehungsdelikt" bezeichnet, weil § 14 EheG den Verlobten eine bestimmte Mitwirkungspflicht ("Ja") auferlege.[3]

Wir wollen die genannten Strafrechtstatbestände zum Ausgangspunkt für die Erörterung der ordnungsrechtlichen Äußerungsverstöße nehmen, weil hier die entscheidende Gesichtspunkte klarer hervortreten. Worin, so müssen wir uns fragen, liegt die Ursache für die Bedenken gegen die Annahme einer Falschaussage, Beleidigung oder Doppelehe in der Begehungsform des unechten Unterlassens? Mit der von Maurach zu § 171 StGB herangezogenen "Mitwirkungspflicht" ist der entscheidende Gesichtspunkt nicht getroffen, Deutlicher wird er schon bei Roxin, der mit Blick auf § 185 StGB feststellt, die Beleidigungshandlung sei die Verletzung des höchstpersönlichen Achtungsanspruchs eines andern durch Kundgabe der Nicht -oder Mißachtung. Beleidigen könne man daher nur durch Handlungen, "deren Sinngehalt auf Negierung dieses Anspruchs geht". Das sei aber nur der Fall, wenn die Handlung den Sinn verkörpere, daß ER, der Handelnde, den Adressaten mißachte.[4] Gerade dieses Element der höchstpersönlichen Äußerung ist es aber auch, das das Wesen aller

1) Zwar wird bezgl. dieser Delikte häufig von "Falschaussagen durch Unterlassung" gesprochen, wenn der Täter eine zum Beweisthema gehörende wesentliche Tatsache verschweigt, (vgl. etwa Schönke-Schröder vor § 153 Rdn. 16; RGSt 7,321; BGHSt 1,22). In Wahrheit handelt es sich dabei aber um konkludente und daher positive Aussagen, nicht mehr zu wissen (vgl. Mezger LK vor § 1 B I 2; Schünemann, S. 368, nimmt "konkludentes Unterlassen" an.

2) Die Unterlassenstauglichkeit bejahen z.B. Meyer-Bahlburg, MSchrKrim 1965, 249; Maurach B.T. S. 140; Schönke-Schröder § 185 Rdn. 8; ablehnend Jescheck, Lb. S. 402; einschränkend Herzberg, Unterlassung S. 83 f.

3) Lb. A.T. S. 597

4) Täterschaft, S. 390 f.; ähnlich Herzberg a.a.O. (S.87)

aller subjektiv modifizierter Handlungsvollzüge, wie wir sie verstehen, ausmacht. Es handelt sich bei der Beleidigung um ein Musterbesipiel eines Tatbestandes mit "subjektgebundener Handlung"[1], der nur durch ausdrucksvolles Verhalten verwirklicht werden kann. Ähnlich verhält es sich bei § 171 StGB und den Aussagedelikten. Die Äußerung eines Zeugen vor Gericht wird erst dadurch zu einer "Aussage" i.S.d. §§ 153 ff.StGB, daß der Zeuge zu erkennen gibt, ER, der Zeuge X wolle das Gesagte als seine höchstpersönliche Aussage gelten lassen. Dieser Gedanke klingt auch bei Mezger an, der darauf verweist, daß § 154 ein "höchstpersönliches Aktivverhalten" erfordere.[2] Zu einer ähnlichen Erkenntnis verhilft uns auch die Analyse des § 171 StGB. Das Erfordernis der persönlichen Mitwirkungspflicht ("Ja") ergibt sich daraus, daß die Verlobten als ihren höchstpersönlichen Willen ihre Eheschließungsabsicht zum Ausdruck bringen müssen.

Es fragt sich nun, ob Gleiches hinsichtlich der Masse der oben bezeichneten Äußerungstatbestände des Ordnungsrecht (Abgeben von Meldungen, Auskünften usw.) ebenfalls gilt. Bejahendenfalls hätten wir auch mit diesen Tatbeständen ausdrucksgebundene und somit unterlassungsfeindliche vor uns. Betrachten wir als Anschauungsbeispiel den § 69 I Nr. 3 BSeuchenG, der in Verbindung mit § 12 I S.3 desselben Gesetzes den Inhaber einer Müllbeseitigungsanlage mit Buße bedroht, falls er "über eine Tatsache, die für die Überwachung dieser Anlage von Bedeutung ist, dem Gesundheitsamt eine falsche Auskunft erteilt".

Die Vorschrift soll offenkundig eine ordnungsgemäße Überwachung derartiger, mit erheblichen Gefahren für die Volksgesundheit und die Umwelt verbundener Anlagen, gewährleisten. Wegen dieser Zweckbestimmung könnte man geneigt sein, zu sagen, daß jedwede irgendwie vom Normadressaten verursachte falsche

1) vgl. die Terminologie bei Roxin, Täterschaft S. 390
2) LK vor § 1 Bem. B I 2

Information der Überwachungsbehörde den Tatbestand erfülle. Es läge dann ein verhaltensneutraler reiner Verursachungstatbestand vor. Ob diese Hypothese richtig ist, soll getreu der oben vorgeschlagenen Methode an Hand eines konstruierten Beispielfalles, in dem durch eine völlig farblose und neutrale Aktivhandlung der entsprechende Erfolg herbeigeführt wird, geprüft werden.

Stellen wir uns vor, der Inhaber X einer Anlage i.S.d. genannten Vorschrift habe für den erwarteten Kontrollbesuch der behördlichen Aufsichtsbeamten seinem Prokuristen P eine fertig formulierte und von ihm unterschriebene Auskunft über alle wesentlichen Umstände ausgehändigt mit der Weisung, diese den Beamten bei der Kontrolle zu übergeben. Die Auskünfte sind, wie der P erkennt, teilweise falsch. Dennoch übergibt er sie den Beamten, die sich damit zufriedengeben.

Hier hat P als tauglicher Täter gem. § 9 II OWiG durch einen schlichten Verursachungsakt die falsche Kenntnis der Beamten herbeigeführt.

Aber hat er auch eine "falsche Auskunft" erteilt ? Das läßt sich kaum annehmen, denn für die Beamten gilt die Auskunft als von demjenigen erteilt, auf d n sie als ihren verantwortlichen Urheber zurückweist. Das ist hier der X. P hat lediglich eine Auskunft des X w e i t e r g e g e b e n. Das ist etwas wesentlich anderes, als selbst eine Auskunft zu erteilen.

Bei der schlichten Weitergabe fremder Auskünfte geht offenbar ein wesentlicher Teil der sozialen Sinnbedeutung einer Auskunftserteilung verloren, nämlich das Element des höchstpersönlichen Einstehenwollens für das Geäußerte. Dieses gewinnt erst dann wieder Gestalt, wenn der die fremde Auskunft Weitergebende sich mit der fraglichen Aussage erkennbar für den Empfänger identifiziert. Und eben dieses Element der Subjektgebundenheit ist es, das der Verursachung einer unrichtigen Vorstellung in einer anderen Person den Charakter einer L ü g e verleiht und zugleich den besonderen Verhaltensunwert der falschen Auskunftserteilung ausmacht.

Demnach steht fest, daß schon eine aktive falsche Auskunft

durch das schlichte, farblose Verursachen einer falschen Kenntnis nicht erteilt werden kann.
Dann kann die Nichtabwendung -oder beseitigung eines derartigen Erfolgs seitens eines Garanten erst recht nicht genügen.
Das tritt noch deutlicher hervor, wenn man sich einen ähnlichen Fall zu § 69 BSeuchenG aus der Warte eines Beschützergaranten vorstellt.
Nehmen wir an, ein Amtskollege K des nach der innerdienstlichen Geschäftsverteilung für die Überwachung der Anlage des X zuständigen Beamten habe erfahren, daß die schriftliche Auskunft des X falsch ist. Obwohl er die Gefahr von Fehlmaßnahmen seines Kollegen voraussieht, beläßt er diesen in seinem irrigen Glauben. Wenn man akzeptiert, daß K als Beamter der für die Anlage des X zuständigen Überwachungsbehörde die Stellung eines Beschützergaranten des behördlichen Interesses an sachgerechter Überwachung dieser Anlage einnimmt, so ist zu überlegen, ob sein pflichtwidriges Unterlassen ihn zum Täter der §§ 69 I Nr. 3 i.V.m. 12 I S.3 stempelt.
Das kann nun aber offenbar nicht sein. Denn selbst wenn er die falsche Auskunft aktiv lanciert hätte, so wäre diese nicht als eine falsche Auskunft des K anzusehen. In beiden Fällen muß also eine selbständige Unterlassungstäterschaft des P und des K ausscheiden.[1]
Es fragt sich nun, ob wir diese am Tatbestand der falschen Auskunftserteilung gewonnenen Erkenntnisse auf alle Äußerungstatbestände übertragen können. Nach einer im Strafrecht vertretenen Meinung[2] besteht ein gemeinsamer Wesenszug aller Äußerungstatbestände darin, daß sie täterschaftlich nur vom geistigen Träger der Gedankenäußerung verwirklicht werden können. Das ist aber schon für die Delikte des Strafrechts nicht richtig. So genügt etwa für die gemeinhin zu den Äußerungsdelikten gerechneten Tatbestände der üblen Nachrede und

1) Inwieweit beide als Beteiligte haften, hängt vom Vorhandensein eines Vorsatzes beim jeweiligen Aktivtäter ab, vgl. oben I C.
2) So Kern, Äußerungsdelikte S. 49

Verleumdung (§§ 186, 187 StGB) u. a. auch ein "Verbreiten" unwahrer Tatsachen.[1] Verbreiten kann man aber auch durch die schlichte Weitergabe von Behauptungen oder Tatsachenangaben als Gegenstand fremden Wissens.[2] Der Terminus "Verbreiten" beschreibt also gerade jene subjektgelöste und modalitätsneutrale Form der Wissenskundgabe, die man ohne weiteres durch das Wort "Kenntnisverursachung" ersetzen könnte, ohne daß dadurch ein besonderer sozialer Sinn des Tätigkeitswortes verlorenginge.[3]

Mit der Bildung einer Sammelgruppe von Tatbeständen unter der Oberbezeichnung "Äußerungstatbestände" ist also für das Problem der Katalogisierung unterlassensfeindlicher Tatbestände nichts gewonnen. Es muß ein Sammelbegriff gefunden werden, der Äußerungstatbestände der letzten Art nicht umgreift. Scheiden wir nun aus der Skala menschlicher Gedankenäußerungen alle jene aus, denen das Element der Subjektgebundenheit fehlt, so bleiben übrig nur die Äußerungen mit den besonderen Merkmalen einer E r k l ä r u n g. Der soziale Sinn einer Erklärung, insbesondere einer Willenserklärung, liegt gerade darin, daß der Kundgebende sich selbst mit dem Erklärten identifeziert, gewissermaßen mit seinem Namen oder seiner Person als verantwortlicher geistiger Träger hinter ihr steht. Das "Ja" vor dem Standesbeamten ist hierfür das beste Beispiel. Auch die Beleidigung setzt immer eine -mindestens konkludente- Erklärung in diesem Sinne voraus.[4]

Ist nun die betreffende Erklärung in ihrem Aussagegehalt unwahr, so liegt eine "Falscherklärung",volkstümlich gesprochen, eine L ü g e vor. Der Verhaltensunwert der Lüge macht demnach den speziellen handlungseigenen Unrechtsgehalt aller Falscherklärungstatbestände aus. Mit diesem Terminus haben wir daher den Oberbegriff für eine erste Sammelgruppe von verhaltensgebundenen -genauer hier: ausdrucksgebundenen- Tatbeständen

1) vgl. oben A
2) Schönke-Schröder § 186 Rdn.7; Dreher, Kommenentar § 186, 2C
3) Herzberg, Unterlassung S. 88; ähnlich auch Roxin, Täterschaft S. 392
4) so auch Schünemann, der die Beleidigung in die Gruppe der Willenserklärungen einreiht, S. 369.

gefunden. Zu ihr gehören alle Tatbestände, die, wie die falsche Auskunftserteilung eine Gedanken -oder Wissensäußerung mit den besonderen Merkmalen einer Erklärung voraussetzen, mögen sie nun als falsche Angabe, Meldung, Mitteilung oder Erklärung formuliert sein.
Damit tut sich die weitreichende Konsequenz auf, daß sämtliche Falscherklärungstatbestände unterlassungsfeindlich sind. Da sie eine mindestens konkludente Erklärung im oben dargelegten Sinn erfordern, sind bei ihnen, wie Schünemann mit Blick auf die Beleidigung treffend bemerkt, "die üblichen Garantenkategorien von vornherein fehl am Platze."[1]
Ein Ergebnis wie dieses, bedarf, um zu überzeugen, des Nachweises, daß dadurch keine unerträglichen Lücken bei der Verfolgung bußwürdiger Falschinformationen aufgerissen werden. Insbesondere für die zweifelhaften, ineinander verschwimmenden "Grauzonen" zwischen dem eindeutig positiven Tun und dem zweifelsfreien Unterlassen sind Grundregeln aufzuzeigen, an denen die Tatbestanbestandsmäßigkeit einer falschen Angabe oder Auskunft im Einzelfall gemessen werden kann.
Was liegt nun näher, als für solche Fälle in den Grenzbereichen zwischen Begehung und Unterlassung die bewährten bürgerlich - rechtlichen Regeln zur Willenserklärung heranzuziehen, wie dies auch schon oben[2] angedeutet wurde?
Die Frage, welche Äußerungen ein Rechtssubjekt im Zivilrecht als Willenserklärung gegen sich gelten lassen muß, ist im Prinzip die gleiche, die sich bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit einer falschen Angabe oder Auskunft unter dem Aspekt eines ordnungsrechtlichen Falscherklärungstatbestandes stellt. Der Unterschied liegt lediglich in der Rechtsfolge: hier wird der Täter mit der im Tatbestand angedrohten Buße beschwert, dort h a f t e t er für das Erklärte, indem er rechtlich daran gebunden ist. Das Zivilrecht bewältigt diese Haftungsproblematik, ohne daß es dazu eines Instituts der Garanten-

---

1) Schünemann S. 369
2) vgl. 1. Abschn. § 2 B 4

pflicht bedarf.
Weshalb sollten die dort geltenden Regeln -entsprechend angewendet- nicht auch für Zweifelsfragen bei den Falscherklärungstatbeständen die geeigneten Bewertungsmaßstäbe abgeben? Machen wir die Probe aufs Exempel:
Man stelle sich vor, der X sei einer ansteckenden Krankheit i.S.d. § 3 BSeuchenG verdächtig und deshalb gem. §§ 69 I Nr.3, 36 II S. 3 dieses Gesetzes aufgefordert, dem zuständigen Beamten des Gesundheitsamtes über alle seinen Gesundheitszustand betreffenden Umstände regelmäßig Auskunft zu erteilen. Um dieser lästigen Pflicht zu entgehen, beschließt er, sich die Schwatzhaftigkeit seiner Ehefrau zunutze zu machen, die zufällig mit der Ehefrau des ihn überwachenden Beamten regelmäßig Kaffeeklatsch hält. X macht seine Frau wider besseres Wissen glauben, er spüre die verdächtigen Symptome nicht mehr und fühle sich vollkommen gesund, wobei er darauf baut, daß die F dies beim nächsten Kaffeklatsch der Ehefrau des Beamten zutragen und durch diese deren Gatte die "Genesung" des X erfahren werde. So geschieht es. Die Akte X beim Gesundheitsamt wird geschlossen.
Hier hat X durch seine höchstpersönliche Gedankenäußerung bei der Behörde eine falsche Kenntnis hervorgerufen. Aber er hat keineswegs den Tatbestand einer falschen Auskunftserteilung erfüllt; denn aus der Sicht der Behörde liegt eine Erklärung des X gar nicht vor.
Wie wäre es nun zu beurteilen, wenn X ohne jeglichen Hintergedanken lediglich deshalb seiner Frau gegenüber die Unwahrheit gesagt hat, um von ihren lästigen Fragen verschont zu sein, sodann aber die Dinge sich in der zuvor beschriebenen Art und Weise weiterentwickeln und nun der X in Kenntnis des gesamten Sachverhalts es unterläßt, die Behörde aufzuklären? Wendet man die Garantenregeln schematisch an, so wäre er aufgrund vorangegangenen gefährdenden Tuns für den Erfolg der falschen Kenntnis der Behörde haftbar zu machen. Das kann nicht richtig sein, wenn schon im voraufgegangenen Beispiel der Tatbestand einer Falscherklärung nicht verwirklicht ist. Bei Anwendung der BGB-Regeln zur rechtsgeschäftlichen Willenserklärung

kommt man zwanglos zum allein richtigen Ergebnis: der Tatbestand ist in beiden Beispielfällen deshalb nicht erfüllt, weil es jeweils an einem wesentlichen Merkmal der Willenserklärung fehlt. Sie muß nämlich i n R i c h t u n g auf den Adressaten abgegeben werden. Eine Äußerung, die nur zufällig an denjenigen gelangt, den sie betrifft, ist niemals diesem gegenüber eine Erklärung im hier dargelegten Sinn.

Zwei weitere Anschauungsfälle:

Nehmen wir an, der Gewerbetreibende G habe eine falsche Auskunft bereits fertig formuliert und unterschrieben auf seinem Schreibtisch liegen, könne sich zur Absendung aber noch nicht entschließen; nun kommt die übereifrige Sekretätin, um das vermeintlich für die ausgehende Post bestimmte Papier in den Geschäftsgang zu geben. Handelt G tatbestandsmäßig, wenn

(a) der Brief ohne sein Wissen abgeschickt wird und er es nun unterläßt, die Behörde aufzuklären,

(b) wenn er nichts unternimmt, um die Absendung des Briefes zu verhindern, obwohl dies noch möglich wäre ?

Wer hier eine Lösung an Hand des Garantenprinzips sucht, sieht sich vor kaum lösbare Probleme gestellt. Das Zivilrecht dagegen bietet für derartige Fälle überzeugende Lösungen an. Nach den Regeln der Willenserklärung gilt diese nur dann als abgegeben, wenn der Erklärende sich ihrer willentlich entäußert hat.[1] G kann daher im Ausgangsfall ebensowenig nach einem Ordnungstatbestand wegen Falscherklärung haften, wie er nach Zivilrecht an das Schreiben gebunden wäre. Im Beispielfall zu (b) hingegen ist die Erklärung einwandfrei abgegeben. Er muß sich folglich auch unter dem Gesichtspunkt eines Ordnungstatbestandes an ihr "festhalten lassen", obwohl er im entscheidenden Moment nicht selbst aktiv gehandelt hat. Für die rechtliche Wertung erscheint aber auch dieses Gesamtverhalten als konkludente - und daher positive Willenserklärung.

Die Anwendung der zivilrechtlichen Regeln zur Willenserklärung hat also in beiden Fällen auf zwanglose Weise zu m.E. sachgerechten Ergebnissen geführt, die über eine Anwendung

1) vgl. Larenz Lb. A.T. § 27 II a; Palandt § 130 Anm. 1; Heinrich Lange, BGB-Allgemeiner Teil, Lb. S. 229

der Garantenregeln kaum zu erreichen gewesen wären.[1]
Auch für den weiteren Fall, daß etwa der G die Falschmeldung irrtümlich abgegeben hat und nun nach Entdeckung des Irrtums nichts tut, um sie richtigzustellen, bietet das Zivilrecht die geeigneten Bewertungsmaßstäbe für die ordnungsrechtliche Beurteilung: maßgeblich für die Geltung einer zivilrechtlichen Willenserklärung und für deren Bedeutung ist im Zivilrecht das Erklärte in der Bedeutung, in der es der Erklärungsempfänger aus seiner Sicht unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen darf. Der Erklärende muß sich grundsätzlich an dem objektiv Erklärten festhalten lassen, mag er auch subjektiv etwas anderes gemeint haben. Will er sich von seiner Haftung für das von ihm objektiv Erklärte befreien, so muß er die Erklärung wegen Irrtums anfechten. Diesen Schritt mutet ihm das Zivilrecht zu. Solange er ihn nicht geht, bleibt er an die Erklärung gebunden.
Dem durchaus vergleichbar ist nun die Situation in unserem Beispielsfall unter dem Aspekt eines ordnungsrechtlichen Falscherklärungstatbestandes. Für die Behörde gilt -wie auch G weiß- die von ihm willentlich, wenn auch irrtümlich abgegebene Erklärung in ihrer objektiven Aussage. Da diese falsch ist, droht als weiterer Unrechtserfolg ein Verwaltungsschaden. Solange der G die Richtigstellung unterläßt (entsprechend der Anfechtung im Zivilrecht!), muß er die Haftungsfolgen tragen, d.h. er ist nach dem entsprechenden Tatbestand verantwortlich.[2] Das Ergebnis ist m.E. sachgerecht, denn es wird dem G nicht mehr zugemutet, als in dem zivirechtlichen Parallelfall, in dem er sich von seiner Bindung an die irrtümlich fehlerhaft abgegebene Willenserklärung nur durch Anfechtung befreien kann.

---

1) Danach hätte der G unterschiedslos als Garant aufgrund vorangegangenen Tuns zur Verantwortung gezogen werden müssen, wenn man unserer Meinung folgt, daß der "Erfolg" bei den Falscherklärungstatbeständen mit dem Zugang der Fehlinformation noch nicht endgültig abgeschlossen ist (s. oben 2. Abschn. II. Kap. § 6 B II 3 d);
2) Dasselbe Ergebnis würde freilich hier auch eine Anwendung der Garantenregeln nach sich ziehen, wenn man obiger Erfolgsdefinition zustimmt.

Die bisher erörterten Fälle waren allesamt so gestaltet, daß unzweifelhaft von einer kenntnisverursachenden positiven Äußerung des potentiellen Täters ausgegangen werden konnte. Offen geblieben sind noch jene Fälle, in denen bereits zweifelhaft ist, ob überhaupt eine positive Äußerung vorliegt. Es fragt sich, unter welchen Umständen einem Schweigen ein positiver Erklärungsgehalt zukommt, so daß man von einer konkludenten Äußerung sprechen kann.

Die klarste Stellungnahme hierzu hat wohl Dahm bezogen. Er meint: "Wo Treu und Glauben ein Reden verlangen, dort ist das Unterlassen positives Tun".[1] Diese Ansicht kommt in ihrer grundsätzlichen Bejahung der Möglichkeit, ein körperlich untätiges Verhalten als positives Tun aufzufassen, der unsrigen sehr nahe. Dennoch kann ihr, was die dafür maßgebenden Bewertungskriterien angeht, nicht zugestimmt werden.

Wer entgegen einer nach Treu und Glauben gebotenen Redepflicht schweigt, gibt dadurch noch keine positive Erklärung ab. Das liefe im Endergebnis doch wieder auf eine Art Garantenhaftung für pflichtwidriges Handeln hinaus, was wir gerade vermeiden wollen. Vielmehr müssen auch insoweit die zivilrechtlichen Grundsätze herangezogen werden, wonach einem treuwidrigen Schweigen im Geschäftsverkehr nur unter ganz strengen Voraussetzungen die Bedeutung einer positiven Erklärung zukommt.[2] Diese Bedeutung hat im Zivilrecht ein Schweigen immer nur "aufgrund der Annahme, daß der Schweigende durch sein Schweigen bewußt seine Zustimmung zum Ausdruck bringt."[3] Nur unter dieser Voraussetzung kann auch von einem konkludenten positiven Tun die Rede sein, und nur insoweit kommt folglich auch eine Falscherklärung durch Schweigen als Tatbestandsverwirklichung im Ordnungsrecht in Betracht.[4]

1) ZStW 59, 160 (im Hinblick auf § 263 StGB)
2) Es sind dies einmal die Fälle, in denen das Schweigen zwischen zwei Parteien als Erklärungszeichen vereinbart wurde oder sich als solches durch längere Geschäftsübung herausgebildet hat, zum andern die Fälle des Schweigens auf ein sog. kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Vergleichbare Fallkonstellationen dürften im Ordnungsrecht kaum auftreten. Vgl. zum Ganzen auch Flume § 5 2 a; Larenz, Lb. A.T. S. 297;
3) Flume § 5 2 c
4) Ähnlich im Hinblick auf § 263 StGB auch H. Mayer, Lb. S.297

b) Sonstige Erklärungstatbestände
(Tatbestände mit verstecktem Erklärungsgehalt)

Die voraufgegangenen Untersuchungen der Falscherklärungstatbestände haben gezeigt, daß deren Subjektgebundenheit weitgehend durch das Wesen der "Erklärung" selbst bedingt ist. Es liegt daher die Vermutung nahe, daß auch andere Arten von Erklärungstatbeständen ohne Rücksicht auf den speziellen Unwert einer Falscherklärung den gleichen Gesetzen folgen. Bei näherer Betrachtung des Katalogs der Ordnungstatbestände erschließen sich in der Tat zahlreiche Tatbestände, in deren Handlungsbeschreibung eine Erklärung versteckt ist. Als solche kommen prima facie alle jene Äußerungstatbestände in Betracht, deren Handlung als Träger oder Vermittler eines Sinngehalts auf das verstehende Wahrnehmen durch einen andern gerichtet ist. Aus der Vielzahl solcher Handlungen sollen nun einige häufig vorkommende oder besonders instruktive ausgewählt und analysiert werden.

aa) A u f f o r d e r n

§ 116 OWiG enthält als Ordnungstatbestand das "Auffordern zu Ordnungswidrigkeiten". Nach der RG-Rechtsprechung zum früheren § 110 StGB, der ebenfalls ein Auffordern als Tatbestandshandlung enthielt, ist damit eine "Einwirkung auf andere mit dem Zweck, deren Willen zu einem Handeln oder Unterlassen zu bestimmen", gefordert.[1]
Danach könnte man unter den Begriff des Aufforderns etwa auch das Schaffen von bestimmten äußeren Umständen fassen, die den potentiellen Täter zur Entschlußfassung animieren sollen. Diese Definition ist jedoch zu weit gefaßt. Wer nur eine äußere Lage schafft, um einen anderen zu motivieren, der fordert ihn dadurch noch nicht auf. Der soziale Sinn dieses Tätigkeitsworts liegt in einer geistigen Beeinflussung des Aufgeforderten dergestalt, daß dieser sich des geistigen Kontakts mit dem Auffordernden bewußt ist.[2] Schon für den verwandten Begriff

---

1) RGSt 9, 72
2) so Rutkowsky NJW 1952, 608, im Hinblick auf den Begriffs des Bestimmens bei der Anstiftung im Strafrecht.

"Bestimmens" im Sinne der Anstiftung zu einer Straftat wird dieser Kontakt von der wohl herrschenden Meinung verlangt.[1] Nach Gallas[2] ist die Anstiftung eine "spezialisierte Form der Förderung der Haupttat, für die es eine gleichwertige Verwirklichung durch Unterlassen jedenfalls unter normalen Umständen nicht geben kann." Auch Jescheck betont die Unmöglichkeit eines Bestimmens durch Unterlassens, weil durch Untätigkeit nur die selbständige Entstehung eines Tatentschlusses nicht verhindert werde, was im Hinblick auf das Handlungsunrecht der Anstiftung etwas wesentlich anderes sei.[3]
Ob dies richtig ist, mag hier dahinstehen. Die Aufforderung jedenfalls ist eine besonders intensive Form des Bestimmens bzw. Beeinflussens eines andern. Und sie trägt auch die typischen Züge einer "Erklärung". Sie verlangt ihrer sozialen Sinnbedeutung nach nicht nur eine beliebige geistige Beeinflussung, sondern eine solche, bei der der Auffordernde als verantwortlicher geistiger Urheber hinter der Aufforderungserklärung steht. Wer nur die Aufforderung eines Dritten überbringt, nimmt zwar eine geistige Beeinflussung vor, aber er fordert nicht selbst auf. Daran zeigt sich deutlich die Parallelstruktur zu den Falscherklärungstatbeständen. Wie diese kann also ein Auffordern durch unechtes Unterlassen nicht geschehen. Das ist auch sachgerecht. Denn die Aufforderung, wie wir sie verstehen, enthält wohl gegenüber einer schlicht kausalen Verursachung des Tatentschlusses durch Schaffung äußerer Umstände einen durchaus gesteigerten Unwertgehalt. Dieser liegt darin, daß die mit einer bestimmten Person als dem geistigen

1) vgl. Roxin, Täterschaft S. 512; H. Mayer Lb. S.231; Welzel Lb. S. 116; Jescheck Lb. S. 521; a.M. Herzberg, Unterlassung S. 120 ff. (124); Maurach A.T. S.80
2) Niederschriften Bd. 12, S. 80
3) ebda.; sachlich übereinstimmend auch Baumann, Lb. S. 519 und Schönke-Schröder § 48 Rdn. 5; dort heißt es, ausreichend für den Begriff des Bestimmens sei wohl ein konkludentes Einwirken auf den Willen des anderen, nicht aber ein reines Unterlassen.

Träger und verantwortlichen Urheber verbundene Aufforderung auf die Entschlußfassung des zu Beeinflussenden im Normalfall sehr viel intensiver einwirkt, als eine "anonyme" äußere Lage, oder sonstige Einwirkung, die dem Adressaten die Entscheidung darüber, ob er sich zur Tat entschließt, völlig überläßt.
Bei einer echten Aufforderung genießt der Aufgeforderte gegenüber demjenigen, der sich durch eine gezielt geschaffene äußere Situation lediglich motivieren läßt, einen zusätzlichen psychologischen Rückhalt durch das Bewußtsein, daß ein anderer -der "Anstifter"- mit ihm konform geht.
Die Aufforderung nach § 116 OWiG muß daher als ausdrucksgebundene und somit unterlassensuntaugliche Tatbestandshandlung angesehen werden. Für Zweifelsfälle gelten die zivilrechtlichen Regeln der Willenserklärung.

bb) "G e s t a t t e n"

Ein häufig verwendetes Tätigkeitswort zur Beschreibung einer tatbestandsmäßigen Handlung ist das "Gestatten" oder "Nicht-Gestatten".[1] Gestatten bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch soviel wie "erlauben", "bewilligen".[2]
Da es sich um eine auf das verstehende Wahrnehmen gerichtete Tätigkeit handelt, liegt die Vermutung der Ausdrucksgebundenheit für alle "Gestattenstatbestände" nahe. Nehmen wir als Beispiel den § 14 I Nr. 1 JugendschutzG, der mit Buße bedroht den Veranstalter oder Gewerbetreibenden, der u.a. Kindern oder Jugendlichen den Genuß alkoholischer Getränke (vgl. § 8), das Rauchen in der Öffentlichkeit (§ 9) oder die Benutzung von Spielautomaten (§ 7) "gestattet".
Begeht nun ein Gastwirt eine Ordnungswidrigkeit durch Unterlassen, wenn er etwa nicht dagegen einschreitet, daß Kinder oder Jugendliche in seiner Gaststätte rauchen und Glücksspiele treiben ?

1) vgl. etwa §§ 14 I Nr. 1 JugendschutzG, 28 I Nr. 11 GaststättenG, 7 I Nr. 4a HandelsklassenG
2) vgl. Duden, Bedeutungswörterbuch (Bd. 10) S. 288

Das wäre nur dann zu bejahen, wenn das Nichteinschreiten den vollen sozialen Sinn eines positiven Gestattens erfüllte, was daran zu messen ist, ob sich diese Tätigkeit in das Schema von Ursache und Wirkung einfügen läßt.
Ein konstruiertes Beispiel einer aktiven, schlicht kausalen Verursachung eines Gestattungserfolgs zeigt, daß dies nicht möglich ist.
Man stelle sich vor, der Wirt habe den Jugendlichen höchstpersönlich das Kleingeld eingewechselt, mit dem sich diese am Zigarettenautomaten bedienen oder am Spielautomaten ververgnügen. Dann hat er zwar den tatbestandlich mißbilligten Erfolg -daß die Jugendlichen die verbotene Tätigkeit ausüben- aktiv kausal herbeigeführt. Aber "gestattet" hat er deren Tätigkeit damit noch keineswegs. Dazu müßte hinzukommen ein gewisser geistiger Konnex dergestalt, daß die Jugendlichen als Gestattungsempfänger auf einen Gestattungswillen des W als Gestattendem schließen könnten, was grundsätzlich nur durch ein entsprechendes ausdrucksvolles Verhalten des Gestattenden möglich ist.[1] Letzteres wäre im Beispielsfall nur dann gegeben, wenn über den Verwendungszweck des eingewechselten Kleingeldes zwischen den Beteiligten mindestens stillschweigend Einigkeit bestünde. Der Begriff des Gestattens beinhaltet also ebenfalls die besonderen, naturalistisch nicht faßbaren Elemente einer Erklärung. Er kann deshalb durch ein schlichtes Garantenunterlassen nicht ausgefüllt werden.[2]
Wie beim "Auffordern" liegt der besondere Unwert des Gestattens einer verbotenen Tätigkeit darin, daß der Gestattungsempfänger durch die zum Ausdruck gebrachte Zustimmung des Gestattenden in seinem verbotenen Tun bestärkt und daher gewissermaßen psychologisch untermauert wird. Gestattungstatbestände sind somit ausdrucksgebunden und als solche unterlassensfeindlich.

1) Zum "Gestatten" bei § 354 StGB a.F. bemerkt Schröder, dies ses könne auch stillschweigend erfolgen (Kommentar § 354 Rdn. 9), was darauf hindeutet, daß auch er insoweit eine mindestens konkludente Erklärung verlangt.
2) Eine andere -wohl zu bejahende- Frage ist es, ob eine konkludente Gestattenserklärung vorliegt, wenn der Wirt hernach die Jugendlichen mit dem von ihm eingewechselten Geld unter seinen Augen an Geldautomaten spielen läßt.

cc) G e w ä h r e n

Ein dem "Gestatten" verwandter, in den Ordnungstatbeständen verschiedentlich auftauchender Begriff, ist das "Gewähren".[1] Er bedeutet für die natürliche Auffassung soviel wie "Etwas großzügig geben, bewilligen"[2], enthält also ebenfalls eine vergeistigte Komponente der Billigung und des Einverständnisses und damit eine Erklärung.

Für den Tatbestand der Kuppelei im StGB (vgl. § 180) hat Herzberg daraus geschlossen, daß dort die Unzuchtspartner ihre Tätigkeit -Ergreifen der Unzuchtsgelegenheit- "vom Willen des Herrschaftsbefugten abhängig machen " müßten.[3] Er nimmt mit Rücksicht darauf ein verhaltensgebundenes Delikt an.

Für den Begriff des Gewährens i.S.d. § 333 StGB klingt eine gewisse Tendenz im gleichen Sinne auch in einer Entscheidung des BGH[4] an, in der es heißt, ein Gewähren von Vorteilen könne jedenfalls nicht in der schlichten Unterlassung der Rückforderung von Vorteilen gefunden werden, die ohne Bestechungsabsicht hingegeben wurden. Für uns steht nach obigen Erörterungen fest, daß es sich bei dem Gewähren um eine Tätigkeit mit verstecktem Erklärungsgehalt, und somit um eine ausdrucksgebundene, unterlassungsfeindliche Tätigkeit handelt.

Dies ist auch gerechtfertigt vom Standpunkt einer teleologischen Betrachtung. Wo der Begriff des Gewährens in einem Straf -oder Ordnungstatbestand auftaucht, da verbindet sich mit ihm ein rechtlich unerwünschter oder verbotener Effekt oder ein entsprechendes Verhalten des Gewährungsempfängers. Der spezifisch handlungseigene Unwert des Gewährens bei solchen Tatbeständen ist mit dem oben zum "Gestatten" und "Auffordern" dargelegten identisch. Er kann durch ein schlichtes Nichtverhindern des verbotenen Erfolgs nicht realisiert werden.

1) vgl. z.B. § 88 II Nr. 1 JugendwohlfahrtsG
2) Duden, Bedeutungswörterbuch (Bd. 10) S. 289
3) Unterlassung S. 64
4) BGHSt 16, 40

dd) Tatbestände mit negativem Erklärungsgehalt
("Nicht-Gestatten", "Nicht-Dulden", "Nicht-Gewähren")

Die Tätigkeitsbeschreibung "Nicht-Gestatten" begegnet uns in vielen Tatbeständen, welche die Mitwirkungspflichten von Gewerbetreibenden, Betriebsinhabern und ähnlichen sonderpflichtigen Personen bei staatlichen Kontrollmaßnahmen betreffen, so z.B. in den §§ 28 I Nr. 11 GaststättenG, 7 I Nr. 4a HandelsklassenG, 18 II Nr. 15 TierschutzG, 55 I Nr. 24 WaffenG, wo dem Pflichtigen Buße angedroht wird für den Fall, daß er etwa den Zutritt zu seinem Grundstück oder zu bestimmten Räumen oder die Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen nicht gestattet. Da die Tatbestandshandlung scheinbar hier in einem "Nicht-Tun" besteht, könnte man geneigt sein, ohne weiteres echte Unterlassungstatbestände anzunehmen.

Vergegenwärtigt man sich jedoch, daß das "Nicht-Gestatten" nichts anderes ist als der actus contrarius des positiven Gestattens , die Negation einer positiven Willenserklärung, so wird deutlich, daß mindestens a u c h durch eine positive Handlung, nämlich die Erklärung, nicht gestatten zu wollen, ohne weiteres eine Tatbestandsverwirklichung möglich sein muß. Die Gleichstellung "Nicht-Tun" = Unterlassen, wie wir sie zu Anfang aufgezeigt hatten, kann offenbar bei Willenserklärungen nicht richtig sein. Da eine Erklärung bejahenden oder verneinenden Sinn haben kann, immer aber eine positive Manifestation des Willens voraussetzt, besitzt die negativ gefaßte Handlungsbeschreibung keinerlei Aussagewert für die Qualität des des geforderten Verhaltens.

Demnach steht außer Zweifel, daß man auch durch positive Erklärung etwas "nicht gestatten" kann. Es bleibt aber die Frage, ob nicht sogar ein schlichtes und ausdrucksloses Unterlassen als Tatbestandshandlung gänzlich ausscheidet, ob also das "Nicht-Gestatten" notwendig eine ausdrucksgebundene Erklärung erfordert.

Diese Frage muß in Übereinstimmung mit jenen analog strukturierten Tatbeständen entschieden werden, welche auf den gleichen Unrechtserfolg hin konstruiert sind und als tatbestandsmäßige Handlung ein "Nicht-Gewähren" oder "Nicht-Dulden" voraussetzen.

Da bei allen diesen Tatbeständen der einheitliche Schutzzweck darin besteht, die Effektivität behördlicher Kontrollmaßnahmen zu sichern, bzw. deren Durchführung zu erleichtern, muß davon ausgegangen werden, daß das Gesetz den Unrechtsgehalt der vorgeschriebenen tatbestandsmäßigen Handlung gleich bewertet wissen will, unabhängig davon, ob diese nun gerade als ein "Nicht-Gestatten", "Nicht-Gewähren" oder "Nicht-Dulden" formuliert ist.
Was das "Nicht-Gewähren" angeht, so liegt im übrigen auf der Hand, daß ein durch diesen Begriff möglicherweise geforderter besonderer subjektiver Erklärungsgehalt derselbe sein muß, wie der des "Nicht-Gestattens".
Zu entscheiden ist also, ob negativ gefaßte Erklärungstatbestände der dargelegten Art den gleichen Gesetzen unterliegen wie die zuvor behandelten Falscherklärungs -und sonstigen positiv gefaßten Erklärungstatbestände.
Dazu sei auf einen bereits oben[1] zur Diskussion gestellten Fall zurückgegriffen, nämlich den Fall des Betriebsinhabers B, der in Erfahrung gebracht hat, daß seinem Betrieb eine behördliche Kontrolle droht und der daraufhin die fraglichen Räume abschließt und sich mitsamt aller entsprechenden Zugangsschlüssel auf "Geschäftsreise" begibt, so daß die Kontrolle nicht durchgeführt werden kann.
In diesem Fall hat B zweifellos den gesetzlich mißbilligten Erfolg einer Störung bzw. Vereitelung von Kontrollmaßnahmen herbeigeführt, wobei dahingestellt sein kann, ob durch Tun oder Unterlassen.
Aber es läßt sich doch jedenfalls nicht sagen, er habe diesen Erfolg dadurch bewirkt, daß er etwa "den Zutritt nicht g e s t a t t e t" oder keinen "E i n l a ß g e w ä h r t" habe. Dazu bedarf es nach natürlicher Auffassung eines entsprechenden ausdrucksvollen Verhaltens, das hier fehlt.
Etwas nicht zu gestatten oder zu gewähren hat einen ganz anderen sozialen Sinn, als etwas zu vereiteln oder zu erschweren.

1) 2. Abschn. III. Kap. § 9

Dieser besondere Sinn liegt in der Verhinderung oder Erschwerung des erwünschten Erfolgs durch einen verneinende Erklärung, nicht anders als im umgekehrten Fall des positiven Gestattens oder Gewährens.
Wir kämen damit zu dem verblüffenden Ergebnis, daß eine negativ formulierte Tatbestandshandlung (Nicht-Tun) nur durch ein positives, weil mindestens konkludent aussagekräftiges Tun zu verwirklichen ist. Stimmt dies überein mit dem Befund, den uns eine Analyse der auf gleicher Ebene liegenden "Nicht-Duldens-Tatbestände" liefert ?[1]
Der natürliche Sprachgebrauch versteht unter einem "Dulden" sowiel wie "Über sich ergehen lassen".[2] Dulden ist eine "Unterart des Unterlassens, nämlich das Unterlassen einer Gegenwehr", heißt es bei Schönke-Schröder im Hinblick auf diesen Begriff bei § 240 StGB.[3] Wenn letzteres richtig ist, dann liegt es nahe, in einem "Nicht-Dulden" die positive Konträrerscheinung, also eine spezifisch geartete aktive Tätigkeit - eine Entfaltung von Gegenwehr- zu erblicken. Eine Gegenwehr durch Unterlassen ist begrifflich nicht denkbar. Man wird deshalb auch für die "Nicht-Duldens-Tatbestände" ein mindestens konkludent ausdrucksvolles Verhalten mit dem Erklärungswert, nicht dulden zu w o l l e n, verlangen müssen.
Bestätigt wird dieses Ergebnis durch einen Vergleich mit weiteren, an genau demselben Schutzgedanken ausgerichteten Tatbeständen, in denen das geforderte Verhalten als das "Verweigern" einer geforderten Handlung beschrieben ist.[4]
Bei dieser -letztgenannten- Art von Zuwiderhandlung liegt ganz klar auf der Hand, daß eine Handlung mit einem bestimmten subjektiven Erklärungsgehalt gefordert ist.

1) vgl. statt vieler Vorschriften etwa §§ 69 I Nr. 7 BSeuchenG, 9 I Nr. 3 b des Gesetzes über technische Arbeitsmittel, 118 I Nr. 2 HandwerksO, 35 I Nr. 11 EichG.
2) Duden, Bedeutungswörterbuch (Bd. 10) S. 177
3) Kommentar § 240 Rdn. 12
4) vgl. §§ 29 I Nr. 5 WassersicherstellungsG, 19 I Nr. 2 WirtschaftssicherstellungsG, 10 I Nr. 2 LuftreinhaltungsG.

Etwas "verweigern" kann man nur, indem man seinen ablehnenden Willen zum Ausdruck bringt. Wird dieser entgegenstehende Wille nicht deutlich, dann kann weder eine aktive Vereitelung der beabsichtigten behördlichen Kontrolle noch die pflichtwidrige Unterlassung einer gebotenen Mitwirkung bei einer solchen Maßnahme ein tatbestandsmäßiges "Verweigern" sein. Insoweit liegt also ganz eindeutig ein ausdrucksgebundener Erklärungstatbestand vor.

Nun ist aber der soziale Sinngehalt des "Verweigerns" mit dem eines "Nicht-Gestattens" oder "Nicht-Duldens" praktisch identisch. Auch das Gesetz selbst lehrt, daß beide Begriffe gleichzustellen sind, indem es z.B. in § 29 I WassersicherstellungsG beide synonym verwendet. Dort knüpft der Tatbestand die Bußdrohung daran, daß der Pflichtige die "Duldung von Prüfungen oder Besichtigungen, Einsicht in geschäftliche Unterlagen oder Entnahme von Proben verweigert". Für die Unrechtsbewertung kann es aber keinen Unterschied machen, ob das mißbilligte Verhalten zufällig als ein "Nicht-Dulden" oder, wie in der zuletzt zitierten Vorschrift, als das "Verweigern einer Duldung" formuliert ist.

Damit steht als Ergebnis fest, daß auch die negativ gefaßten Erklärungstatbestände als unterlassungsfeindliche zu betrachten sind - ein m.E. durchaus sachgerechtes Ergebnis. Denn die Erschwerung oder Vereitelung einer hoheitlichen rechtmäßigen Maßnahme durch ein Verhalten mit dem sozialen Sinngehalt des Verweigerns oder Nicht-Duldens beinhaltet gegenüber einer farblosen sonstigen Herbeiführung des Unrechtserfolgs durchaus einen eigenständigen Handlungsunwert. Indem nämlich der Duldungspflichtige nach außen hin seinen ablehnenden Willen zu erkennen gibt, lehnt er sich positiv und äußerlich sichtbar gegen die Rechtsordnung auf, was bei einer bloß tatsächlichen Vereitelung der hoheitlichen Maßnahme -wie in dem zuvor erörterten Beispiel- keineswegs immer der Fall ist.

Damit tut sich eine auf den ersten Blick erstaunliche Diskrepanz zwischen den zuletzt erörterten Tatbeständen und jenen Zuwiderhandlungen auf, die sich ebenfalls gegen behördliche

Kontroll -und Überwachungsmaßnahmen richten, jedoch nicht durch einen besonderen Erklärungsgehalt gefärbt sind, sondern als modalitätsunabhängige Verursachungstatbestände oder sonstige begehungsneutrale Pflichtverletzungstatbestände ("gemischte Tatbestände") ausgestaltet sind.[1]
Ist die tatbestandsmäßige Handlung als farblose "Störung" einer behördlichen Überwachungsmaßnahme beschriebenmwie z.B. bei § § 27 I Nr. 3 SchutzbereichsG, oder als "Zuwiderhandlung" gegen diesbezügliche Mitwirkungspflichten gleichsam neutralisiert[2], so werden Tun und Unterlassen vom Tatbestand ohne weiteres erfaßt. Besteht dagegen die Handlung in einem "Nicht-Dulden", "Nicht-Gestatten" oder "Verweigern", so kommt nach unserer Auffassung eine Unterlassensbegehung nicht in Betracht, obwohl doch der Schutzzweck aller dieser Tatbestände der gleiche ist. Trotzdem ist an dem hier gefundenen Ergebnis festzuhalten. Wo der Gesetzgeber sich zur Beschreibung der tatbestandsmäßigen Handlung eines durch einen besonderen sozialen Sinngehalt gefärbten Terminus bedient, da muß bei der Anwendung der Vorschrift die geforderte Handlung auch in diesem Sinne verstanden werden.
Der Rechtsunterworfene muß darauf vertrauen dürfen, daß eine Zuwiderhandlung, die bei natürlicher Betrachtung eine positive Handlung mit den typischen Merkmalen einer Erklärung erfordert, tatsächlich auch nur dann als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird, wenn dieser soziale Sinngehalt erfüllt ist. Daß dies bisweilen zu einer nicht ohne weiteres einsichtigen Privilegierung bestimmter Normadressaten gegenüber anderen anderen in gleicher Lage führt, deren Pflichtverstöße weniger speziell beschrieben sind, muß hingenommen werden. Jede andere Bewertung wäre mit dem Grundsatz der Garantiefunktion der Tatbestände nicht vereinbar.

1) vgl. oben 2. Abschn. III.Kap. § 10
2) vgl. etwa §§ 28 I Nr. 4 i.V.m. 15 VerkehrssicherstellG., ferner § 27 I Nr. 3 SchutzbereichsG.

c) Grenzfälle

(Überlassenstatbestände: Überlassen, Abgeben, Verabreichen)

Problematisch ist die Bewertung jener Tatbestände, die das "Überlassen", "Abgeben" oder "Verabreichen" bestimmter Gegenstände oder Sachen beschreiben, mit denen sich entweder eine abstrakte Gefahr verbindet, oder deren Befinden im Besitz nicht besonders legitimierter Personen einfach unerwünscht ist, wie z.B. der Besitz von Orden und Ehrenzeichen in der Hand nicht berechtigter Ordensträger.

Das Ordnungsrecht enthält solche Tatbestände in reicher Zahl. Die vorbezeichneten Handlungsbeschreibungen werfen die Frage auf, ob sie außer der kausalen Bewirkung des Besitzwechsels -dem tatbestandsmäßigen Erfolg-[1] nicht zusätzlich noch eine Manifestation des Besitzübertragungswillens oder auch nur ein einverständliches Geben und Nehmen der Beteiligten erfordern. So fragt es sich z.B., ob etwa ein Gastwirt, der nicht dagegen einschreitet, daß sein offensichtlich betrunkener Stammgast entsprechend seiner Gewohnheit sich selbst am Zapfhahn mit Bier versorgt, dadurch ein gleiches Maß an Unrecht verwirklicht, wie wenn er dem Gast weiterhin Bier "verabreicht".[2]

Stellt man allein auf den allgemeinen Sprachgebrauch ab, so wäre wohl ein ausdrucksgebundener Tatbestand indiziert, denn danach bedeutet schon das Verbum "Überlassen" soviel wie "auf den Besitz zugunsten eines anderen verzichten".[3]

Im Strafrecht stellt sich das hier auftauchende Auslegungsproblem bei § 281 StGB, der u.a. das Überlassen von Ausweisen an Unbefugte pönalisiert.

Der Begriff des "Überlassens" erfordert dort nach der Kommentierung bei Schönke-Schröder[4] eine "Übertragung der Verfügungsgewalt" derart, "daß der Empfänger in die Lage versetzt wird, das Papier zu gebrauchen".

1) vgl. oben 2.Abschn. II. Kap. § 6 B II 3 c
2) vgl. § 28 I Nr. 9 GaststättenG
3) Duden, Bedeutungswörterbuch (Bd.10) S. 671
4) § 281 Rdn. 6 (nach KG NJW 1953, 1274)

Diese Definition läßt eher auf einen verhaltensneutralen, reinen Verursachungstatbestand schließen.
Eine verhaltensgebundene Tätigkeit würde dagegen wohl Welp annehmen, der im Hinblick auf das Überlassen von Fahrzeugschlüsseln an fahruntüchtige Personen meint, daß hier "die Kausalreihe als Motivationszusammenhang über den Willen vermittelt" sei.[1]
Stellvertretend für die Vielzahl aller ordnungsrechtlichen Überlassenstatbestände wollen wir zwei derartige Tatbestände herausgreifen und analysieren. Nehmen wir zunächst § 55 I Nr. 5, 7, 11, 15 BWaffenG, wonach das Überlassen von Waffen näher bezeichneter Art entgegen bestimmten Vorschriften mit Buße bedroht ist. Den entscheidenden Unrechtsgehalt empfängt dieser Tatbestand fraglos aus dem Erfolg abstrakter Gefährdung durch die Übertragung der Verfügungsgewalt über das gefährliche Werkzeug auf unbefugte Hände.
Prüfen wir an einem Beispielsfall, ob der soziale Sinn des "Überlassens" durch ein farblos-neutrales Verursachen dieses Erfolgs voll ausgefüllt wird. Nehmen wir an, die Freunde A und B bewohnen gemeinsam ein Zimmer. A ist legitimierter Besitzer einer Pistole. Da B eine Afrikareise plant, möchte A Schutzengel spielen und legt seine Pistole, die er gewöhnlich in einem verschlossenen Schreibtisch aufbewahrt, am Abend vor dem Reiseantritt des B offen auf den Schreibtisch, um dem B Gelegenheit zu geben, sich für das gefährliche Abenteuer zu bewaffenen. B nutzt tatsächlich am nächsten Morgen, als A noch schläft, die günstige Gelegenheit und steckt die Waffe ein. Hier hat A den tatbestandlich mißbilligten Erfolg aktiv kausal bewirkt. Hat er nach natürlicher Auffassung auch ein Verhalten mit dem sozialen Sinngehalt des "Überlassens" an den Tag gelegt?
M.E. ist das zu bejahen. Es würde wohl zu weit gehen, für ein Überlassen stets ein einverständliches Geben und Nehmen zu verlangen. Speziell im Hinblick auf die Überlassenstatbestände des Waffengesetzes bietet das Gesetz eine entscheidende Auslegungshilfe in dieser Richtung mit der Definition in § 4 II BWaffenG an. Danach "überläßt" einen Gegenstand, wer die

"tatsächliche Gewalt über ihn einem andern einräumt". Mit dem Verbum "Einräumen" hat der Gesetzgeber die farbloseste Form der Beschreibung einer Besitzübertragung gewählt, die die Sprache zur Verfügung stellt. Eine noch neutralere Beschreibung einer auf diesen Erfolg gerichteten Tätigkeit ist kaum denkbar, es sei denn, der Gesetzgeber wollte sich einer so gekünstelten Formulierung bedienen, wie sie sich z. B. mit dem "Verursachen eines Wechsels der tatsächlichen Gewalt" darstellte.

In einem Fall wie diesem ist davon auszugehen, daß mit der Handlungsbeschreibung jede beliebige Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs erfaßt werden soll.

Die Überlassenstatbestände des Waffengesetzes sind also verhaltensneutraler Natur.

Dieses Ergebnis bestätigt sich am Beispiel der §§ 126, 127 OWiG, wo es um die Herstellung, Verwendung Ü b e r l a s s u n g, Verbreitung oder Verschaffung von papiergeldähnlichen Drucksachen und ähnlichen Gegenständen geht. Hier sind dem Begriff des Überlassens zwei eindeutig verhaltensneutrale Begehungsalternativen an die Seite gestellt, die ebenfalls einen unerwünschten Besitzwechsel beschreiben.

Hinsichtlich des "Verbreitens" wurde die verhaltensneutrale Struktur bereits oben[1] in anderem Zusammenhang dargelegt.

Was die Alternative des "Sich-oder einem andern-Verschaffen" angeht, so ist für die gleiche Tätigkeit i.S.d. § 147 StGB anerkannt, daß man darunter jede beliebige Art der Inbesitznahme oder des Erwerbs zu verstehen hat.[2]

Enthält aber derselbe Tatbestand mehrere begehungsneutrale Alternativen, so wird eine andere, scheinbar verhaltensgebundene, auf denselben Unrechtserfolg gerichtete Begehungsweise , dadurch verunselbständigt und gleichfalls verhaltensneutralisiert.[3]

---

1) unter a)
2) vgl. oben 2 b
3) vgl. ebda.

Nichts anderes kann auch hinsichtlich der Begehungsweisen "Abgeben" und "Verabreichen" gelten, wenngleich insbesondere bei letzterer Handlungsbeschreibung eine leichte subjektive Färbung mitzuschwingen scheint.
Der Begriff des Verabreichens findet Verwendung insbesondere in den Tatbeständen des Gaststättengesetzes, wo es um das Verabreichen von Speisen und Getränken ohne die erforderliche Erlaubnis, oder von alkoholischen Getränken an erkennbar Betrunkene oder entgegen einem speziellen Ausschankverbot geht.[1]
Das "Abgeben" von Waren oder sonstigen Stoffen ist außer im Gaststättengesetz[2] noch in einigen Tatbeständen des Apothekengesetzes[3] und des Jugendschutzes Tatbestandshandlung.
So verbietet z.B. § 3 I i.V.m.§14 JugendschutzG das Abgeben von Branntwein an Kinder in Gaststätten. Dieser Tatbestand empfängt, wie auch der ganz ähnlich gefaßte § 20 I Nr. 2 GaststättenG seinen Unrechtsgehalt allein aus dem verbotenen Erfolg, daß bestimmte schutzbedürftige Personen keine alkoholischen Getränke in die Hände bekommen sollen. Ein besonderer Handlungsunwert läßt sich der Art und Weise der Übertragung der Verfügungsgewalt an den Schutzbedürftigen nicht entnehmen.
Diese Auffassung läßt sich auch auf den bereits oben dargelegten Gedanken[4] stützen, daß die Begriffe Abgeben und Verabreichen sich kaum durch sprachlich noch farblosere Formulierungen ersetzen lassen, ohne daß dann die Tatbestandsbeschreibung in den Bereich des Komischen geriete.
Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß sämtliche "Überlassens- oder Verschaffenstatbestände", d.h. alle jene Tatbestände, die einen Besitz -oder Herrschaftswechsel an bestimmten Gegenständen beschreiben, begehungsneutraler Natur und somit uneingeschränkt unterlassenstauglich sind.

---

1) vgl. § 28 I Nr. 1, 8, 9 i.Vm. §§ 2, 19, 20 Nr. 2 GaststG.
2) vgl. § 28 I Nr. 3, 7 GaststättenG
3) vgl. § 25 Nr. 2 ApothekenG
4) unter 2 b (Zur Lösungsmethode)

d) Final gefaßte und Tendenztatbestände

aa) Begriffserläuterung und Abgrenzung zu verwandten Tatbeständen

Als die wichtigste geschlossene Untergruppe subjektiv modifizierter Tatbestände neben der Gruppe der ausdrucksgebundenen Erklärungstatbestände können zusammenfassend jene Tatbestände genannt werden, die eine final ausgerichtete Tätigkeit, ein "von einem subjektiven Sinn gelenktes Verhalten"[1] erfordern.

Charakteristikum dieser Tatbestände ist es, daß das Erfordernis "subjektiver Zielstrebigkeit schon aus der Art des gebrauchten Zeitworts erhellt"[2] und so als finales Element in den Tatbestand eingegangen ist. Ein Beispielsfall ist uns bereits oben mit dem Begriff des Verheimlichens begegnet.[3] Tatbestände dieser Art sind am deutlichsten daran kenntlich, daß sie wegen der Art der Handlungsbeschreibung -sofern es sich um Erfolgstatbestände handelt- begriffsnotwendig eine Erfolgsbewirkung mit mindestens direktem Vorsatz voraussetzen. Im allgemeinen ist die fahrlässige Bewirkung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs, auch wenn als Schuldform Vorsatz gefordert ist, durchaus vorstellbar. Bei den finalen Tatbeständen dagegen geht im Falle der fahrlässigen Verursachung des fraglichen Erfolgs ein wesentlicher Teil der sozialen Sinnbedeutung der Handlungsbeschreibung verloren, so daß solche Tatbestände schon begrifflich niemals fahrlässig verwirklicht werden können. Es wäre z.B. ein Widerspruch in sich, etwa fahrlässig den Erfolg einer "Verheimlichung" herbeiführen zu sollen.

Musterbeispiele finaler Tatbestände sind jene, deren Handlung durch ein sog. "finales Tätigkeitswort"[4] umschrieben ist. Das bekannteste finale Tätigkeitswort des Strafrechts ist wohl in § 292 StGB zu finden, und zwar in der Formulierung

1) so Gallas ZStW 67, 33
2) Gallas a.a.O.
3) vgl. unter 2 a
4) Begriff von v.Weber, Grundriß S. 54 f.

"dem Wilde Nachstellen".[1] Als markantes Beispiel eines solchen finalen Tätigkeitswortes aus dem Ordnungsrecht kann wohl das "Hetzen eines Tieres auf ein anderes" i.S.d. § 3 Ziff. 6 TierschutzG genannt werden.[2]
Bei manchen anderen Tatbeständen ist das Finalitätsmoment nicht so stark ausgeprägt, sondern lediglich als eine der Handlung immanente T e n d e n z zu erkennen, wie dies z.B. auch beim "Verheimlichen " der Fall ist.
Man könnte diese Tatbestände auch in einer besonderen Gruppe von "Tendenzverstößen" zusammenfassen. Das brächte aber keinen praktischen Gewinn, da sie ihrer Art und Struktur nach ohne weiteres den finalen Tatbeständen gleichgestellt und denselben Regeln unterworfen werden können. Denn bei allen diesen Tatbeständen bedürfte es, wie Gallas treffend formuliert, "einer künstlichen, den einheitlichen Sinnzusammenhang auflösenden Umdeutung, um den finalen Vorgang auf seine kausale Bedeutung zu reduzieren."[3]
Und dieser Befund zwingt m.E. zu der -von Gallas freilich nicht gezogenen- Schlußfolgerung, daß derartige Tatbestände verhaltensgebunden und somit unterlassungsfeindlich sind.
Um hierfür eine fundierte Begründung liefern zu können, wollen wir zunächst noch unseren Blick erweitern auf eine Gruppe verwandter Tatbestände, bei denen ebenfalls ein gewisses finales Element mitschwingt. Stellvertretend für diese Gruppe sei § 156 I Nr. 1 BBauG herangezogen, der mit Buße bedroht den, der u.a. "unrichtige Pläne vorlegt, um einen begünstigenden Verwaltungsakt zu erwirken."

Lassen wir einmal die Bedenken, die sich gegen eine Unterlassungstauglichkeit hier schon schon aus dem Begriff des "V o r l e g e n s von Plänen" ergeben, außer Acht, so fragt es sich, ob eine Unterlassensfeindlichkeit nicht daraus folgt, daß der Tatbestand durch die Wendung "um zu" eine bestimmte subjektive Absicht voraussetzt.
Eine beachtliche Strömung in der Literatur müßte das bejahen.

1) vgl. Gallas ZStW 67, 33
2) bußbewehrt gem. § 18 I Nr. 4 TierschutzG
3) a.a.O.

Schmidhäuser etwa will eine Unterlassensbegehung, wie oben[1] dargelegt wurde, überall dort ausschließen, "wo der Wortlauttatbestand.....besondere durch die Willensverwirklichung zu erreichende Ziele erfordert." So könne etwa eine Urkundenfälschung i.S.d. § 267 StGB, die eine "Herstellung zur Täuschung im Rechtsverkehr" erfordert, durch Unterlassen nicht begangen werden, weil "im Nichthandeln nicht ein Willensziel verwirklicht"werde, sondern nur "der Wunsch zugrundeliegt, ein weiteres Geschehen möge einen bestimmten Verlauf nehmen".[2]
Auch Baumann vertritt eine ähnliche Ansicht, wenn er folgendes lehrt: "Ein Unterlassen selbst kann niemals final sein. Wer trotz Verpflichtung zum Handeln untätig bleibt, nimmt keine final überdeterminierte Kausalgebung vor. Er setzt keine Zwecke und wählt auch keine Mittel zur Zweckerreichung aus..."[3]
Baumann dürfte mit dieser seiner Meinung jener bekannten Lehre nahestehen, die ein Unterlassungsdelikt in der Vorsatzform der Absicht für generell undenkbar hält, "weil die Absicht das Element des Wollens im Sinne des finalen Verwirklichungswillens" enthalte, "welcher das Geschehen in Außenwelt bewirkt."[4]
M.E. ist mit den zitierten Sätzen, insbesondere denen von Baumann, ein zutreffender Teilaspekt der hier aufgeworfenen Problematik beleuchtet, nämlich der, daß die Unterlassung als Verhaltensform allemal der Finalität ermangelt. Es ist aber eine andere Frage, ob nicht gleichwohl eine Unterlassung von einer Absicht, und damit von einem rein subjektiven, verinnerlichten Finalitätsmoment getragen sein kann. Geht man von gängigen Begriffsbestimmung der Absicht in der Strafrechtslehre und Rechtsprechung aus, so muß das bejaht werden.Beabsichtigt ist ein Erfolg, "auf den es dem Täter ankommt."[5]
Der Erfolg kann aber, wie z.B. beim Betrug die Bereicherung

1) s. zu § 1 (Übersicht)
2) Lehrbuch 16/68
3) Lb. S. 200; vgl. auch Welzel, Lb. S. 200; Armin Kaufmann, Dogmatik S. 66 f., 73 ff., 110 f.
4) so Grünwald, Festschr. für H. Mayer S. 289; vgl. ferner Schönke-Schröder § 59 Rdn. 46a
5) vgl. BGHSt 16, 1; Lenckner NJW 1967, 1890 f.

des Täters, außerhalb des eigentlichen tatbestandsmäßigen Geschehen -dort: der Täuschungshandlung- liegen. Die Absicht, die der Täter mit seiner Handlung verfolgt, ist also dort in die tatbestandsmäßige Handlung gar nicht integriert. Dann ist nicht einzusehn, weshalb diese durch Unterlassen nicht soll verwirklicht werden können.

Damit wird ein wesentlicher Unterschied zwischen den zuletzt behandelten Zieldelikten im Sinne von Absichtsdelikten und den echten "finalen Tatbeständen" im zuvor dargelegten Sinne deutlich. Er liegt darin, daß bei manchen "Zieldelikten" die Absicht als "finales Verwirklichungselement" mit der jeweiligen Handlung unlösbar verquickt, gleichsam in das Tätigkeitswort integriert ist - wie bei allen finalen Tätigkeitswörtern und Tendenzbegriffen. Dies sind die echten finalen Tatbestände. Bei anderen "Zieldelikten" hingegen läuft die Absicht als überschießende oder begleitende Innentendenz neben der Tätigkeit nur einher, wie z.B. bei §§ 263 und 267 StGB.

Nur bei den "echten finalen Tatbeständen" wirkt sich die Finalstruktur unterlassungsfeindlich aus, da eine Unterlassung in der Tat niemals finalen Eigencharakter haben kann. Hingegen ist nicht einzusehn, weshalb nicht die Unterlassung von einem verinnerlichten Finalitätsmoment, einer Absicht, b e - g l e i t e t sein könnte.[1] Dies ist immer dann möglich, wenn die Absicht nicht als begrifflicher Bestandteil der betreffenden Tätigkeit erscheint, wenn also der soziale Sinn des Tätigkeitswortes auch dann seine volle Bedeutung behält, wenn man das finale Element der Absicht hinwegdenkt.

So ist etwa das Herstellen einer Urkunde i.S.d. § 267 StGB ohne die Absicht der Täuschung im Rechtsverkehr oder eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB ohne Bereicherungsabsicht ohne weiteres denkbar. Warum sollte es dann nicht möglich sein, daß eine derartige -offenbar neben der Handlung selbständig einherlaufende- Absicht mit einer entsprechenden Unterlassung korrespondiert ?

Ganz anders verhält es sich hingegen bei den Tätigkeitswörtern mit finalem Eigencharakter. Mit ihnen verbindet die natürliche

1) Im Ergebnis wie hier Herzberg, Unterlassung S. 226

Auffassung ein ganz spezifisches, äußerlich in Erscheinung tretendes "Tatbild".
So leuchtet es wohl ohne weiteres ein, daß z.B. das mit dem "Hetzen eines Tieres" assoziierte Tatbild nicht dadurch Gestalt gewinnen kann, daß etwa ein Hundehalter es unterläßt, einer von seinem Hund selbständig aufgenommenen Verfolgungsjagd Einhalt zu gebieten, mag ihm das Geschehen innerlich auch noch so willkommen sein.
Und diese äußere Manifestation des finalen Elements ist bei den finalen Tätigkeitswörtern im Gegensatz zu den bloß innerlichen Absichten bei manchen "Zieldelikten" unverzichtbares Unrechtselement. Wo das Finalitätsmoment begrifflich in ein bestimmtes Tätigkeitswort eingegangen ist, da kann es rechtliche Relevanz nur erlangen, wenn es durch eben diese spezifische Tätigkeit zum Ausdruck kommt. Das setzt aber, wie das subjektive Element bei den Erklärungstatbeständen, ein mindestens konkludent-ausdrucksvolles Verhalten und damit ein positives Tun voraus.
Im Strafrecht existiert ein Tatbestand, an dem sich dies sehr schön demonstrieren läßt, nämlich die Unterschlagung, § 246 StGB. Insoweit ist anerkannt, daß der Begriff des "Sich-Zueignens" -ein finales Tätigkeitswort par excellence-[1] nur durch eine äußere Manifestation des Zueignungswillens erfüllt werden kann,[2] also ein Verhalten mit mindestens konkludentem Aussagewert voraussetzt.
Die Unterschlagung wird auch in der neueren Literatur zutreffend bereits als verhaltensgebundenes Delikt eingestuft.[3] Die Zueignung bei § 246 kann als Modellfall einer Tätigkeit mit finalem Eigencharakter und daraus resultierender Unterlassungsfeindlichkeit des Tatbestandes gelten.

1) Ebenso Gallas ZStW 67, 33
2) vgl. statt vieler Schönke-Schröder § 246 Rdn. 11 m.w.N.
3) so z.B. Herzberg S. 143; Schünemann S. 369

bb) Einzeltatbestände

Abschließend seien noch exemplarisch einige Handlungsbeschreibungen untersucht, die sich als Tätigkeiten mit finalem Eigencharakter herausstellen könnten. Eine solche Handlungsbeschreibung findet sich z. B. in § 39 I Nr. 7 BJagdG oder § 3 Nr. 3 TierschutzG mit dem verbotswidrigen "Aussetzen von Wild" bzw. von Haustieren.[1]

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet Aussetzen soviel wie "an einen bestimmten Ort bringen und dort liegen lassen".[2] In das "Hinbringen an einen bestimmten Ort" ist ein Finalitätsmoment begrifflich integriert. Demnach kann nicht etwa jede Tätigkeit, die den Erfolg einer Aussetzung kausal bewirkt, ohne weiteres als "Aussetzen" im Sinne der zitierten Vorschriften angesehen werden. Vielmehr ist für § 3 Nr.3 TierschutzG ein Verbringen oder Freisetzen des Tieres mit der erkennbaren Absicht, sich seiner zu entledigen, bzw. "es auf Dauer in Freiheit leben zu lassen",[3] zu fordern. Entsprechendes gilt für § 39 I Nr. 7 BJagdG. Das Nichtwiedereinfangen eines entlaufenen Tieres kann daher niemals einem Aussetzen gleichgestellt werden.

Zweifelhaft ist, ob auch mit dem Verbum "v e r m i t t e l n" eine finale Tätigkeit beschrieben ist. Dieser Begriff findet sich u. a. im § 99 I Nr. 6 GüKG, der das "Vermitteln von Ladegut" unter näher bestimmten Voraussetzungen mit Buße bedroht. Es könnte sich hierbei um einen durch eine bestimmte Tendenz ausgezeichneten Begriff mit finalem Eigencharakter handeln. M. E. kann von einem "Vermitteln" nur dann gesprochen werden, wenn die jeweilige Tätigkeit darauf abzielt, durch die Zusammenführung von mindestens zwei Parteien einen gewissen Einigungs -oder Vereinigungserfolg herbeizuführen.[4] Tritt ein solcher Erfolg infolge einer aktiv-kausalen Handlung ein, die nicht von dieser subjektiven Tendenz getragen ist, so liegt kein durch "Vermitteln" herbeigeführter Erfolg vor.

1) Zur Bußdrohung bez. § 3 Nr. TierschutzG vgl. dort § 18 II.
2) Duden Bd. 10 (Bedeutungswörterbuch) S. 92
3) vgl. § 39 I Nr. 7 TierschutzG
4) ähnlich Nickel, S. 92 (Fußn. 335), der ein auf Zusammenführung zweckgerichtetes Tun verlangt.

Man stelle sich etwa vor, der A erzähle seinem Freund F von seinen amourösen Abenteuern in einem dem F bis dahin noch nicht bekannten Etablissement, wohl wissend, daß F der Verlockung nicht widerstehen wird, dort ebenfalls sein Vergnügen zu suchen. Dann hat A keineswegs eine Gelegenheit zur Unzucht "vermittelt", wenn F gleich am nächsten Tag das fragliche Haus aufsucht. Vermitteln kann man nur dadurch, daß man den eigenen Willen zur Zusammenführung äußerlich zu erkennen gibt. Bei der farblosen, schlicht kausalen Bewirkung eines entsprechenden Erfolgs kommt dieser soziale Sinngehalt nicht zum Ausdruck. Folglich kann man durch Unterlassen niemals "vermitteln".

Zweifelhaft ist schließlich noch die geforderte Verhaltensstruktur des "Beiseiteschaffens". Der Begriff taucht im Ordnungsrecht z.B. im § 84 II Nr. 1 BLG auf.[1]

Im Strafrecht, wo dieser Begriff u.a. in §§ 133, 348 Abs. 2 a.F. Verwendung fand, wird darunter die schlichte örtliche Lageveränderung der Sache verstanden. Ein "Verheimlichen" ohne Lageveränderung soll hingegen nicht genügen.[3] Folgt man dieser Auslegung, so beschreibt der Begriff eine reine Verursachungstätigkeit. Eine Begehung durch Unterlassung wäre ohne weiteres möglich.[4]

Obwohl dem Begriff des Beiseiteschaffens ein gewisser finaler Eigencharakter nicht abgesprochen werden kann, wird man dieser Auffassung zustimmen müssen. Es steht hier -im Gegensatz zum Verheimlichen- der naturalistisch-kausale Vorgang einer räumlichen Lageveränderung deutlich im Vordergrund.[5] Speziell im Hinblick auf die zitierte Vorschrift des § 84 II Nr. 1 BLG

1) Es geht dort um das Beiseiteschaffen eines "angeforderten" oder der Anforderung unterliegenden Gegenstandes.
2) vgl. Schönke-Schröder § 133 Rdn. 16; § 348 Rdn. 28; RG JW 1939, 34.
3) so z. B. bezgl. § 348 Abs. 2 StGB a.F. RGSt 72, 197; BGHSt 15, 23
4) so ausdrücklich bezgl. § 348 Abs.2 StGB a.F. Schönke-Schröder Rdn. 28, wo als Beispiel der Fall gebracht wird, daß ein Beamter auf einer Dienstreise Akten vorsätzlich liegen läßt.
5) Die Entscheidung BGHSt 3, 82 (88) zu § 348 Abs. 2 a. F., in der Beiseiteschaffen durch Unterlassen bejaht wird, verdient daher Zustimmung.

kommt hinzu, daß dort die Begehungsalternative des Beiseiteschaffens sich in eindeutig verhaltensneutraler "Gesellschaft" befindet, denn als weitere Alternativen sind dort die Begehungsweisen "Beschädigen" und "Zerstören" genannt, wie auch des "Unbrauchbarmachens" und "Verderbenlassens". Auch dies spricht jedenfalls für diesen Tatbestand für eine Unterlassensoffenheit aller Begehungsweisen.
Diese kleine Auswahl mag genügen. Eine vollständige Erfassung aller verhaltensgebundener Tatbestände oder Zweifelsfälle ist angesichts der Fülle derartiger Tatbestände im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht möglich und auch vom Thema der Arbeit nicht geboten. Hier ging es darum, nachzuweisen, daß die Unterlassensbegehbarkeit eines Tatbestandes, soweit das Entsprechungsverhältnis im Sinne der §§ 8 OWiG, 13 StGB in Frage steht, ausschließlich ein Problem der Auslegung des jeweiligen Tatbestandes ist, das letztverbindlich nur für jeden einzelnen Tatbestand gesondert gelöst werden kann.
Wenn es gelungen ist, dies zu verdeutlichen und mit den hier herausgearbeiteten Tatbestandsgruppen eine Orientierungshilfe und Ausgangsbasis für die unerläßliche Auslegung im Einzelfall zu vermitteln, dann wäre für die praktische Rechtsanwendung bereits viel gewonnen.

§ 13 Ergebnisse des 3. Abschnitts

Folgende Ergebnisse des letzten Abschnitts unserer Untersuchungen sind festzuhalten:
Die Entsprechensklauseln der §§ 8 OWiG, 13 StGB bringen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand sachlich nichts Neues. Sie sind aber insoweit mißverständlich formuliert, als sie nicht klarstellen, daß bei Tatbeständen mit subjektiv modifizierten Handlungsvollzügen die Nichtabwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs der tatbestandsmäßigen Handlung niemals entspricht und daher eine Begehung durch Unterlassen bei solchen Tatbeständen generell ausgeschlossen ist. Keinesfalls ist das Entsprechungsverhältnis zu verstehen als ein Gleichwertigkeitsverhältnis von Begehung und Unterlassung in ethischer oder sozialpsychologischer Sicht. Auch die Begehungsform der unechten Unterlassung erfordert immer, daß der volle

Unrechtsgehalt des Tatbestandes einschließlich aller Handlungsmodifikationen verwirklicht wird. Die Garantenpflicht ersetzt lediglich den Mangel des Bewirkensaktes. Ein Ausgleich des Mangels spezifischer Aktivität durch allgemeine Unrechtsfaktoren wie verwerfliche Gesinnung oder erhöhte ordnungswidrige Energie kommt nicht in Betracht. Uneingeschränkt unterlassenstauglich sind deshalb nur die reinen Verursachungstatbestände.
Andererseits kann es absolut unterlassensuntaugliche Tatbestände im Ordnungsrecht nicht geben, da in jedem Falle eine Tatbestandsverwirklichung in unselbständiger Täterschaft als mittelbarer Unterlassungstäter oder als Beteilgter möglich ist, indem der Unterlasser die geforderte spezifische Aktivität von einer anderen, seiner Willensherrschaft oder Überwachung unterliegenden Person ausführen läßt. Selbst bei den begrifflich an Aktivität gebundenen Tatbeständen ist eine derartige Unterlassungstäterschaft möglich.
Hingegen kann die Unterlassensbegehung in selbständiger Täterschaft eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen sein.
Beschränkt unterlassenstauglich sind die Tatbestände mit objektiv modifizierten Handlungsvollzügen. Das sind Tatbestände, deren Handlung durch objektive Merkmale -z.B. ein Tatmittel- näher bestimmt ist. Eine solche objektive Handlungsmodifikation liegt immer dann vor, wenn der besondere Unwertgehalt dieser Modifikation sich in einen Erfolgsunwert umdeuten läßt. Tatbestände dieser Art können durch Unterlassen verwirklicht werden, wenn der abzuwendende Erfolg im konkreten Fall tatsächlich unter den geforderten Begleitumständen oder entsprechend der bestimmten Art und Weise eintritt und wenn auch der dadurch entstehende zusätzliche Unrechtserfolg (z.B eine Gemeingefahr oder unnötige Qualen und Schmerzen eines Tieres) von der Abwehrpflicht gerade dieses Garanten mit umfaßt wird.
Grundsätzlich unterlassensfeindlich sind die Tatbestände mit subjektiv modifizierten Handlungsvollzügen, die im Regelfall verhaltensgebundene oder ausdrucksgebundene Zuwiderhandlungen beschreiben. Da diese Zuwiderhandlungen eine spezifisch geartete menschliche Aktivität, eine Handlung mit besonderem Sinngehalt erfordern, fehlt es bei ihnen im Unterlassensfall

regelmäßig an einem unverzichtbaren Unrechtselement. Ausnahmsweise ist eine tatbestandsmäßige Begehung durch Unterlassen bei subjektiv modifizierten Tatbeständen möglich, wenn mit der spezifischen Färbung der beschriebenen Handlung kein zusätzlicher Handlungs u n w e r t korrespondiert. Besonders wichtige Fallgruppen innerhalb dieser Tatbestandskategorie sind die Erklärungstatbestände, die sich aus Falscherklärungstatbeständen und solchen mit verstecktem Erklärungsgehalt zusammensetzen und die final gefaßten Tatbestände. Zu den letzteren rechnen allein die Tatbestände, die eine Handlung mit finalem Eigencharakter beschreiben, nicht die sog. bloßen Absichtsdelikte. Beide Deliktstypen beziehen ihre unterlassensfeindliche Struktur daraus, daß ihr spezifischer sozialer Sinngehalt, nämlich die handlungsimmanente Willenserklärung bzw. das "finale Element" der Handlung einer äußeren Verobjektivierung, einer Manifestation bedürfen, um rechtlich relevant zu werden. Dies setzt aber ein mindestens konkludentes -und daher positives- Verhalten voraus.
Welcher Tatbestand jeweils diesem oder jenem Typus angehört, ist durch Auslegung zu entscheiden. Allgemeine "vor die Klammer gezogene" Regeln lassen sich dafür nicht aufstellen mit Ausnahme des Grundsatzes, daß die natürliche Wortbedeutung des verwendeten Tätigkeitswortes die Basis für die Auslegung bilden muß. Fest steht nur, daß dann, wenn schon eine farblose aktivkausale Bewirkungshandlung den sozialen Sinngehalt des Tatbestandes nicht erfüllt, ein pflichtwidriges Unterlassen erst recht nicht tatbestandsmäßig sein kann. Es ist dann nur noch zu prüfen, ob ein beschränkt unterlassenstauglicher -objektiv modifizierter- oder ein unterlassensfeindlicher -subjektiv modifizierter- Tatbestand vorliegt. Ersteres ist der Fall, wenn die speziellen Handlungsmerkmale sich als vom Täter ablösbare, lediglich das objektive E r f o l g s unrecht erschwerende Umstände darstellen, letzteres dann, wenn es sich um ausschließlich handlungsspezifische und subjektgebundene Modifikationen oder "Färbungen" handelt.

LITERATURVERZEICHNIS

Aldosser, Carl	"Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden ?"(Gekrönte Preisschrift) München 1882
Androulakis, Nikolaos	Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil 5. Aufl. 1968
Bärwinkel, Richard	Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968
Beling, Ernst	Die Lehre vom Verbrechen, 1906
Binding, Karl	Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I "Normen und Strafgesetz", 2. Aufl. 1890
-	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Bd.I 2. Aufl. 1902
Bindokat, Heinz	Nochmals: Die Rückkehrpflicht bei § 142 StGB, NJW 1966 S. 1906
Bockelmann, Paul	Betrug verübt durch Schweigen, in: Eb. Schmidt-Festschr. 1961 S. 437
-	Strafrecht des Arztes, 1968
Bode, Hans-Jürgen	Recht der Ordnungswidrigkeiten,1969
Böhm, Alexander	Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten Diss. 1957
B.T.-Drucksache	Bundestags-Drucksache V/ 1972
Canaris, Claus-Wilhelm	Notstand und Selbstaufopferung im Straßenverkehr, JZ 1963 S. 655
Cramer. Peter	Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962
-	Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG,NJW 1969 S. 1929
-	Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Eine Einführung an Hand von Fällen, 1971
-	Straßenverkehrsrecht, StVO - StGB. Kommentar, 1971
Dahm, Georg	Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59 S. 133
Dohna, Graf zu,Alexander	Der Aufbau der Verbrechenslehre 3. Aufl. 1947
Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 33. Aufl. 1972

Duden	Der große Duden, Bd. 10, Bedeutungswörterbuch Aufl. 1972
Endemann, Jutta	Interlokalrechtliche Probleme im Bereich des Staatsschutzrechts, NJW 1966 S. 2380
Engelsing, Herbert	Eigenhändige Delikte, in: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 212, 1929
Engisch, Karl	Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, 1931
-	Der Arzt im Strafrecht (Bemerkungen zum gleichnamigen Buch von Eberhard Schmidt, in: MschrKrimBiol. 1939, 414
-	Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965
-	Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971
-	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1962
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1965
Frank, Reinhard	Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 1931
Gallas, Wilhelm	Urteilsanmerkung, JZ 1952 S. 371
-	Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1
Geilen, Gerd	Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968 S. 121
-	Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961 S. 147
-	Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964 S. 385
Geyer, August	Rezension in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 24 (1882) S. 237
Göhler, Erich	Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1970
Göhler-Buddendieck-Lenzen	Lexikon des Nebenstrafrechts, 2. Aufl. 1967
Goldschmidt, James	Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats -und Rechtslehre, in: Koch-Festgabe, 1903 S. 415
Granderath, Reinhard	Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus vorangegangenem Tun bei den unechten Unterlassungsdelikten, Diss. 1961

Grünwald, Gerald	Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 S. 412
-	Das unechte Unterlassungsdelikt, seine Abweichungen vom Handlungsdelikt, Diss. 1956
-	Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959 S. 110
-	Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, Mayer-Festschr. 1966 S. 281
Henkel, Heinrich	Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip, in: Festschrift für Mezger 1954 S. 249
-	Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MschrKrim. 1961 S. 178
Herzberg, Rolf Dietrich	Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972
von Hippel, Robert	Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930
Höpfner, Wilhelm	Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte ZStW 36 S. 103
Jäger	Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, Hamburg 1957
Jagusch, Heinrich	Straßenverkehrsrecht, 9.Aufl. 1971
Jescheck, Hans Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1972
-	Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, in: Eb.Schmidt-Festschr. 1961 S. 139
-	Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht,ZStW 77,109
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, 1959
-	Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961 S. 173
Kaufmann, Arthur	Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Eb. Schmidt-Festschr., 1961 S. 200
-	Analogie und "Natur der Sache", Karlsruhe 1965
-	"Der überfallene Spaziergänger", JuS 1964 S. 151
Kern, Eduard	Die Äußerungsdelikte, 1919
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, Kommentar 43. Aufl. 1961
Lange, Heinrich	BGB-Allgemeiner Teil, 8.Aufl. 1966
Lange, Richard	Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956 S. 73

Lange, Richard	Beteiligter und Teilnehmer, in: Maurach-Festschrift 1972 S. 235
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 2. Aufl. 1972
-	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl. 1969
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, 8. Aufl. Bd.1,1957
Lenckner, Theodor	Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Grundsatz "nullum crimen sine lege", JuS 1968 S. 249 (253)
-	Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 263 StGB, NJW 1967 S. 1890
-	Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision, in: Medizinische Klinik 1969 S. 1000
v. Liszt, Franz	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1892
-	Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht, ZStW Bd. 8 S. 133
Luden, Heinrich	Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte,Bd. I und II 1836/1840
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch 4. Aufl. 1971
-	Besonderer Teil, 4. Aufl. 1964
Mattes, Heinz	Das Verwaltungsunrecht, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Bd. 1955 S. 499
-	Die Problematik der Verkehrsübertretungen, ZStW 82 S. 25
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil 1953
Mayer, Max Ernst	Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923
Meyer-Bahlburg, Hartwig	Unterlassen durch Begehen,GA 1968,49
-	Zur gesetzlichen Regelung der Unterlassungsdelikte, MschrKrim 1965,247
-	Die Garantenstellung bei den echten Unterlassungsdelikten,GA 1966 S.203
Mezger, Edmund	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 6. Aufl. 1955
Mezger-Blei	Strafrecht I, Allgem.Teil,14.Aufl.1970
-	Besonderer Teil, 8. Aufl. 1964
Mühlhaus, Hermann	StVO und andere straßenverkehrsrechtliche Vorschriften mit Erläuterungen, 1972
Nagler, Johannes	Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS 111 S. 1

Nickel, Egbert	Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 GG), 1972
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar 25. Aufl. 1966
Pfleiderer, Klaus	Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, Diss. 1968
Radbruch, Gustav	Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Frank-Festgabe, 1930, S. 161
Rebmann-Roth-Herrmann	Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1968
Roxin, Claus	Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl. 1967
-	An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Engisch-Festschr. 1969 S. 380
-	Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 411
-	Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 197
Rotberg	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, bearbeitet von Kleinewefers-Boujong-Wilts, 4.Aufl. 1969
Rudolphi, Hans-J.	Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966
Rutkowsky, Heinz	Die psychisch vermittelte Kausalität, NJW 1952 S. 606
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, 1939
-	Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, 2. Aufl. 1964
-	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949) in: Festschrift für Adolf Arndt 1969 S. 415 und JZ 1951 S. 101
Schmidhäuser, Eberhard	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970
-	Fluchtverbot und Anzeigegebot bei Verkehrsunfällen, JZ 1955 S. 433
Schmitt, Rudolf	Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959 S. 432
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 16.Aufl.
Schröder, F.-Ch.	Der Täter hinter dem Täter, 1965

Schröder, Horst	Die sogenannte Rückkehrpflicht bei § 142 StGB, NJW 1966 S. 1001
Schünemann, Bernd	Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971
Spendel, Günter	Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Eb.Schmidt -Festschrift 1961, S. 183
Staudinger	Kommentar zum BGB, Bd. I,11.Aufl.1957
Stratenwerth, Günter	Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 1971
Stree, Walter	Garantenstellung kraft Übernahme, in: Festschrift für H. Mayer, 1966 S. 145
-	Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963 S. 1
Träger, Ludwig	Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf -und Zivilrecht, 1913
Vogt, Alfons	Das Pflichtenproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW Bd. 63 S. 381
v. Weber, Hellmuth	Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1948
Welp, Jürgen	Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch, 11. Aufl. 1969
-	Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958 S. 49
Wessels, Johannes	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Schwerpunkte, 2. Aufl. 1972
-	Urteilsanmerkung, JZ 1967 S. 449
Wolf, Erik	Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, in: Frank-Festgabe Band 2, 1930 S. 516
Wolff, E.A.	Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965

Lebenslauf

Ich wurde am 2. Juni 1943 zu Salzbergen/Ems geboren und daselbst nach römisch-katholischem Ritus getauft. Mein Vater ist seit dem Rußlandfeldzug verschollen.
Von meinem 6. bis 13. Lebensjahr besuchte ich die kath. Volksschule in Salzbergen. Von 1957 bis 1961 stand ich im Dienst der Deutschen Bundesbahn, die ich sodann mit dem Ziel verließ, über den 2. Bildungsweg die Hochschulreife zu erwerben. Nach 1 1/2jährigem Besuch der Berufsaufbauschule Münster/Westf. begann ich ein Studium am Bischöflichen Overberg-Kolleg in Münster, wo ich am 12. Oktober 1965 die Reifeprüfung ablegte. Zum Wintersemester 1965/66 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin auf, an der ich bis zum Ende des Wintersemesters 1966/67 immatrikuliert war. Während des Sommersemesters 1967 studierte ich an der Universität Lausanne/Schweiz deutsches und schweizerisches Recht.
Im Anschluß daran studierte ich weitere 4 Semester Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms - Universität zu Münster. Am 13. März 1970 schloß ich mein rechtswissenschaftliches Studium mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm ab.
Vom 4. Mai 1970 bis zum 24. September 1974 stand ich, mit einer einjährigen Unterbrechung zwecks Fertigstellung dieser Dissertation, zwecks Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes als Gerichtsreferendar am Landgericht Münster im Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Während dieser Zeit war ich u. a. im Kriminalwissenschaftlichen Institut der Westf. Wilhelms-Universität für Prof. Dr. Lenckner und Prof. Dr. Stree als wissenschaftliche Hilfskraft tätig.
Am 24. September 1974 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung. Mit dem 21. Oktober wurde ich vom Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsanwalt (Richter auf Probe) ernannt. Seitdem stehe ich im staatsanwaltlichen Dienst dieses Landes.